

# Юридична Україна

ЩОМІСЯЧНИЙ НАУКОВИЙ ЖУРНАЛ

№ 11 (119) 2012

Заснований у січні 2003 р.



*Співзасновники:*

Київський регіональний центр  
Національної академії правових наук України,

Науково-дослідний інститут  
приватного права і підприємництва  
Національної академії правових наук України,

ТОВ "Юрінком Інтер"

*Видавець: ТОВ "Юрінком Інтер"*

Згідно з постановою президії Вищої атестаційної комісії України від 18.11.2009 р.  
№ 1-05/5 журнал "Юридична Україна" включено до переліку наукових фахових  
видань України, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт  
на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата юридичних наук.

Київ – 2012

## РЕДАКЦІЙНА РАДА:

О. Л. Копиленко —  
доктор юридичних наук, професор  
(голова ради),  
О. В. Скрипнюк —  
доктор юридичних наук, професор,  
(заступник голови ради),  
Л. К. Воронова —  
доктор юридичних наук, професор,  
В. Г. Гончаренко —  
доктор юридичних наук, професор,  
В. В. Коваленко —  
доктор юридичних наук,  
О. Д. Крупчан —  
кандидат юридичних наук,  
Є. Б. Кубко —  
доктор юридичних наук, професор,  
В. В. Луць —  
доктор юридичних наук, професор,  
В. Т. Маляренко —  
доктор юридичних наук, професор,  
В. К. Мамутов —  
доктор юридичних наук, професор,  
Н. М. Мироненко —  
доктор юридичних наук, професор,  
Н. Р. Нижник —  
доктор юридичних наук, професор,

М. І. Панов —  
доктор юридичних наук, професор,  
Л. В. Підпалов —  
заслужений юрист України,  
Д. М. Притика —  
доктор юридичних наук,  
П. М. Рабінович —  
доктор юридичних наук, професор,  
М. В. Руденко —  
доктор юридичних наук, професор,  
М. Я. Сегай —  
доктор юридичних наук, професор,  
М. Ф. Селівон —  
кандидат юридичних наук,  
М. О. Теплюк —  
заступник Керівника Апарату  
Верховної Ради України —  
Керівник Головного  
юридичного управління,  
В. М. Шаповал —  
доктор юридичних наук, професор,  
Ю. С. Шемшученко —  
доктор юридичних наук, професор.

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

О. Д. Крупчан —  
кандидат юридичних наук  
(голова колегії),  
В. В. Коваленко —  
доктор юридичних наук  
(заступник голови колегії),  
В. С. Ковальський —  
доктор юридичних наук  
(заступник голови колегії),  
А. Б. Гриняк —  
кандидат юридичних наук,  
М. К. Галянтич —  
доктор юридичних наук,  
О. Л. Копиленко —  
доктор юридичних наук, професор,

В. В. Луць —  
доктор юридичних наук, професор,  
Н. М. Мироненко —  
доктор юридичних наук, професор,  
В. Д. Примак —  
кандидат юридичних наук,  
М. Я. Сегай —  
доктор юридичних наук, професор,  
О. В. Скрипнюк —  
доктор юридичних наук, професор,  
І. С. Примак —  
завідувач редакції періодичних науково-  
практичних видань.

Журнал рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту  
приватного права і підприємництва Національної академії правових наук України  
(протокол № 9 від 26.09.2012 р.).

## ЗМІСТ

**ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА**

*Волинець Віталій.* Екологічна функція в системі функцій сучасної держави: проблеми правового забезпечення в Україні . . . . . 4

*Макаренко Олексій.* Ознаки права відкритого суспільства: концептуальний підхід . . . . . 12

*Скоморовський Віталій.* Союзний договір радянських республік та його роль в історії розпаду СРСР . . . . . 19

*Балко Олеся.* Принципи правового регулювання шлюбних відносин у Давньому Римі. . . . . 23

**КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО**

*Нікольська Олеся.* Конкретизація норм Конституції України як необхідна передумова їх застосування . . . . . 29

*Смокович Михайло.* Конституційний контроль правового регулювання виборчих процесів . . . . 36

**ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ПРИВАТНОГО ПРАВА**

*Венедіктова Ірина.* Реалізація і захист інтересів осіб у репродуктивних правовідносинах . . . . 46

*Гриняк Андрій.* Особливості відшкодування моральної (немайнової) шкоди в підрядних зобов'язаннях . . . . . 51

*Кузьмич Олег.* Становлення та розвиток конструкції договору на користь третьої особи в законодавстві України . . . . . 57

*Махінчук Віталій.* Підприємництво та комерція за законодавством України . . . . . 63

*Рассомахіна Ольга.* Технічні засоби захисту об'єктів авторського права і суміжних прав в мережі Інтернет: питання правового регулювання . . . . . 70

*Цірат Ганна.* Попередні обов'язкові умови (conditions precedent) за договорами лізингу повітряних суден . . . . . 78

*Шимон Світлана.* Загальні та спеціальні принципи обороту майнових прав у зобов'язаннях . . . . . 83

*Алексашина Юлія.* Реалізація принципів добросовісності, справедливості, розумності при договірному регулюванні цивільних відносин. . . . . 88

*Губар Олексій.* Класифікація зловживання цивільними правами за законодавством України . . . . . 93

*Ільків Олег.* Правовий режим житла як об'єкта нерухомості . . . . . 101

*Хортюк Олександра.* Сутність правової охорони ділової репутації юридичної особи . . . . . 106

**ТРУДОВЕ ПРАВО І ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**

*Грекова Марина.* Поняття та зміст міжнародно-правового регулювання відносин у сфері праці. . . . . 110

*Панасюк Олег.* Сумнівний (симулятивний) професійний стан працівника: поняття та правові ознаки . . . . . 115

*Литвиненко Валентина.* Співвідношення соціальних послуг і пільг у системі соціального захисту населення. . . . . 124

**КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАУКИ**

*Юрчишин Василь.* Співвідношення прокурорського нагляду і судового контролю у досудовому розслідуванні за новим КПК України . . . . . 128

УДК 342.3

Віталій Волинець,

кандидат політичних наук, доцент

## ЕКОЛОГІЧНА ФУНКЦІЯ В СИСТЕМІ ФУНКЦІЙ СУЧАСНОЇ ДЕРЖАВИ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УКРАЇНІ

*У статті надається комплексний аналіз екологічної функції в системі функцій сучасної держави. Автор визначає основні теоретико-методологічні підходи до встановлення ролі та змісту екологічної функції держави у сучасних умовах. Особлива увага приділяється проблемі правового забезпечення екологічної функції, а також правовим гарантіям екологічної безпеки громадян України.*

**Ключові слова:** функції держави, екологічна функція, законодавство України, Конституція України, правові гарантії екологічної безпеки, екологічні права людини.

Сучасні реалії розвитку Української держави змушують не лише переглядати та модернізувати усталені для держави функції (в частині їх правового, матеріального, технічного, інформаційного забезпечення), а й здійснювати активну діяльність у цілому ряді нових напрямів, які набувають дедалі більшої ваги як на рівні забезпечення нормального розвитку суспільства, так і в сфері державної політики (як у внутрішньому, так і зовнішньому контексті). Одним із таких напрямів діяльності є, поза всяким сумнівом, екологічна політика держави, що включає у себе багато елементів та підгалузей і нерозривно пов'язана з реалізацією екологічної функції держави. Подібна зміна ситуації ставить нові завдання для юридичної науки, що стосуються теоретичного обґрунтування та визначення специфіки зазначеної функції держави, а також розробки нових наукових моделей підвищення ефективності та рівня забезпеченості екологічної функції держави, включаючи й такий аспект, як становлення правових основ охорони довкілля [1].

Однак, вказуючи на загальне науково-теоретичне значення аналізу процесів активізації та трансформації екологічної функції держави, необхідно визнати й незаперечну практичну актуальність подібного дослідження. У цьому контексті слід наголосити на певних причинах, які зумовлюють актуальність науково-юри-

дичного аналізу екологічної функції держави.

По-перше, наразі практично ні в кого не залишається сумнівів щодо самого факту наявності такої функції сучасної держави. Зокрема про це пишуть такі автори, як В. Гапотій [2], К. Пейчев [3], Н. Кобецька [4], В. Шило [5], О. Баб'як [6], Н. Барбашова [7] та інші. Утім, попри існування подібного наукового консенсусу щодо ролі екологічної функції досі існує чимало розбіжностей у тлумаченні самого змісту зазначеної функції держави, а також тих методів і засобів, які можуть застосовуватись державою у процесі її реалізації. Очевидно, що така ситуація не може сприяти розробці цілісної системи науково-теоретичного забезпечення комплексної і потенційно успішної державної політики в галузі охорони навколишнього природного середовища та збереження довкілля.

По-друге, постання України як конституційної держави, утвердження у ній принципів конституціоналізму, як справедливо наголошує В. Федоренко, не може реалізовуватись поза налагодженням ефективної системи гарантування і практичного забезпечення визначених і закріплених Конституцією України норм і принципів [8]. Однією з таких норм, яка чітко і однозначно встановлена ст. 16 Конституції України, є положення про екологічну функцію держави: «Забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території Укра-

їни, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи — катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави». У цьому контексті істотно актуалізується проблема наукової роботи та практичного забезпечення роботи надійних механізмів, які здатні втілювати у життя екологічні завдання та цілі держави [9]. Причому зазначені механізми стосуються не тільки держави, а й громадянського суспільства. Наприклад, як доводить Я. Лазаренко, важлива роль у процесі контролю за реалізацією екологічної функції належить такому інституту громадянського суспільства, як ЗМІ [10].

По-третє, виходячи з вивчення об'єктивних процесів розвитку системи функцій сучасної держави, можна зробити висновок не лише про постійне підвищення значущості екологічної функції (недарма російський дослідник В. Червонюк пише про «життєво важливу» роль зазначеної діяльності [11]), а й про набуття нею дедалі більш тісних зв'язків з іншими функціями держави. Скажімо, про наявність чіткої кореляції між екологічною та економічною функціями держави пише В. Костицький [12]. Однак останнім часом, ще переконливо демонструє М. Дежан-Понс, дедалі більше актуалізується такий же зв'язок екологічної функції з іншими напрямками діяльності сучасної держави [13]. Зокрема наразі зовнішньополітична діяльність України, а також реалізація нею функції міжнародної співпраці тісно пов'язана з ефективністю екологічної функції та наявністю достатніх ресурсів для її забезпечення, про що свідчить приєднання України до різноманітних міжнародних конвенцій в частині збереження та охорони довкілля, зменшення шкідливих викидів в атмосферу тощо.

Таким чином, ставлячи за мету комплексне дослідження екологічної функції в системі функцій сучасної Української держави, а також актуальних проблем її правового забезпечення, необхідно вирішити такі завдання: а) окреслити основні теоретико-методологічні підходи до визначення екологічної функції у сучасній юридичній науці; б) встановити зміст поняття екологічної

функції та її складові елементи; в) дослідити правові основи реалізації екологічної функції держави в сучасній Україні.

Характерною властивістю сучасних досліджень екологічної функції держави є те, що вона стає предметом уваги як представників юридичної спільноти (насамперед це ті фахівці, які працюють у галузі екологічного права), так і тих науковців, які займаються проблематикою розвитку системи державного управління. Зокрема автори двотомного дослідження «Державне управління: основи теорії та організації» за редакцією В. Козбаненка, зазначають, що державне управління в галузі охорони навколишнього середовища та природокористування, а також пов'язана з цією діяльністю екологічна функція держави, стало одним із ключових напрямів сучасної держави, яка визначає як її сутність, так і загальні перспективи розвитку [14]. Утім, оскільки для науки державного управління екологічна функція держави досліджується переважно у контексті діяльності органів виконавчої влади (що, власне, впливає з класичного тлумачення державного управління як самостійного виду державної діяльності, «що має організуючий, виконавчо-розпорядчий, підзаконний характер, особливої групи державних органів (посадових осіб) щодо практичної реалізації функцій та завдань держави в процесі повсякденного і безпосереднього керівництва економічним, соціально-культурним та адміністративно-політичним будівництвом» [15]), то у подальшому викладі ми акцентуватимемо увагу переважно на державно-правових дослідженнях, для яких характерне вивчення екологічної функції не стільки щодо окремої групи органів державної влади, а стосовно держави в цілому.

Як зазначає Ю. Шемшученко, екологічна функція нині визнана однією з основних функцій Української держави і може бути охарактеризована як «діяльність держави в особі її компетентних органів по управлінню якістю довкілля... що обумовлена конституційним положенням про те, що забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, збереження генофонду українського народу

«є обов'язком держави» (ст. 16 Конституції України)» [16]. З погляду специфіки своєї реалізації, екологічна функція забезпечується шляхом проведення відповідної державної політики щодо збереження довкілля й охорони навколишнього середовища. Про роль та значення зазначеної функції пише й А. Гетьман, який наголошує, що «у сучасних умовах, коли проблеми взаємодії людини і природи набувають значення загальнонаціональних пріоритетів, сформувалась і отримала своє конституційне закріплення відносно нова функція держави — екологічна, спрямована на гармонізацію відносин суспільства і природи, забезпечення оптимального врахування економічних та екологічних інтересів суспільства за безумовної першості екологічних... реалізація цієї функції здійснюється через управління природокористуванням і охороною довкілля, яке являє собою найважливішу складову частину соціального управління суспільством» [17]. Водночас варто акцентувати увагу на тому, що екологічна функція держави не може бути редукована при сукупності державних програм екологічного розвитку окремих регіонів, або ж тих чи інших заходів у частині збереження довкілля. Справді, слід визнати, що реалізація екологічної функції Української держави включає у себе цілий ряд конкретних кроків у різних галузях. Наприклад, у галузі правового регулювання ядерної енергетики вона включає у себе модернізацію та підвищення безпеки атомних енергоблоків, реалізацію програми продовження безпечної експлуатації енергоблоків АЕС, забезпечення участі України в міжнародних проектах з розроблення реакторів нового покоління. Однак цілком очевидно, що реалізація екологічної функції не вичерпується лише цією діяльністю, а й має чимало завдань у сфері безпеки людини та довкілля, які реалізуються за рахунок підвищення рівня безпеки, зниження рівня захворюваності, скорочення обсягів викидів забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище.

З огляду на це не можна не погодитися з позицією Н. Барбашової, яка аргументовано доводить, що у сучасних умо-

вах реалізація екологічної функції — це не лише конкретні завдання і проблеми у тих чи інших регіонах держави, що розв'язуються уповноваженими органами державної влади, а й стратегічно значима природоохоронна діяльність держави, яка визначає перспективи її подальшого розвитку, а також її місце на міжнародній арені й у системі міжнародно-правових відносин [18]. Для цього у процесі свого функціонування держава реалізує такі заходи: удосконалення системи інституційного забезпечення державного управління у сфері цивільного захисту населення, екологічної безпеки, використання та відтворення природних ресурсів; неухильне дотримання в практичній діяльності принципу «забруднювач платить» із забезпеченням прозорості та високої ефективності використання коштів на природоохоронні заходи; залучення громадськості до участі у розв'язанні глобальних, регіональних і місцевих екологічних проблем; підвищення ролі та відповідальності місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування у сфері техногенно-екологічної безпеки, перехід до децентралізації управління у цій сфері; ефективне впровадження механізмів, передбачених Кіотським протоколом до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату; стабілізація і поліпшення екологічного стану, особливо у великих містах і промислових центрах, зокрема Донецько-Придніпровського регіону; забезпечення стабільного відновлення лісів, збільшення їх площі, збереження біологічного і ландшафтного різноманіття, охорона рослинного і тваринного світу та лісових екосистем тощо.

Утім, якщо сам факт визнання ролі екологічної функції держави наразі не викликає жодних наукових суперечок, то в частині тлумачення її змісту можна зустріти дещо відмінні інтерпретації. Так, на думку ряду фахівців, екологічну функцію держави слід описувати у термінах охорони навколишнього природного середовища, а також раціонального використання природних ресурсів та їх відновлення [19]. Дещо ширше тлумачення екологічної функції держави включає до сфери її реалізації ще й забезпечення правопорядку в галузі вико-

ристання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища, гарантування екологічної безпеки [20]. Зокрема, саме з таких позицій сполучення діяльності в частині забезпечення екологічної безпеки, захисту навколишнього середовища та гарантування екологічних прав людини, екологічну функцію держави пропонує визначати В. Галуцько [21]. Узагальнюючи наведені дефініції, можна стверджувати, що наразі екологічна функція держави включає у себе такі елементи: а) охорона навколишнього природного середовища; б) раціональне використання громадянами, органами державної влади та суб'єктами господарювання природних ресурсів; в) забезпечення екологічної безпеки та правопорядку в галузі використання природних ресурсів; г) гарантування екологічної безпеки громадян органами державної влади, а також визначених на законодавчому рівні екологічних прав людини і громадянина; г) налагодження ефективної регіональної і міжнародної співпраці в екологічній галузі на основі чинних міжнародних договорів та норм міжнародного екологічного права.

Разом із тим, досліджуючи екологічну функцію сучасної держави не можна не визнати, що її ефективність залежить не лише від наявних у держави економічних, фінансових та організаційних ресурсів, а й від якості її правового забезпечення [22]. У цьому контексті слід наголосити, що на сьогоднішній день зазначена функція Української держави регулюється як на рівні Конституції України, так і на рівні цілого ряду законів та інших нормативно-правових актів. Одним із перших нормативно-правових актів щодо забезпечення екологічної функції Української держави став Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1995 р. [23], в якому основними принципами охорони навколишнього природного середовища було визначено: а) пріоритетність вимог екологічної безпеки, обов'язковість додержання екологічних стандартів, нормативів та лімітів використання природних ресурсів при здійсненні господарської, управлінської та іншої діяльності; б) гарантування екологічно безпечного середовища для життя і здоров'я людей; в) запобіжний характер

заходів щодо охорони навколишнього природного середовища; г) екологізацію матеріального виробництва на основі комплексності рішень у питаннях охорони навколишнього природного середовища, використання та відтворення відновлюваних природних ресурсів, широкого впровадження новітніх технологій; г) збереження просторової та видової різноманітності і цілісності природних об'єктів і комплексів; д) науково обґрунтоване узгодження екологічних, економічних та соціальних інтересів суспільства на основі поєднання міждисциплінарних знань екологічних, соціальних, природничих і технічних наук та прогнозування стану навколишнього природного середовища; е) обов'язковість надання висновків державної екологічної експертизи; е) гласність і демократизм при прийнятті рішень, реалізація яких впливає на стан навколишнього природного середовища, формування у населення екологічного світогляду; ж) науково обґрунтоване нормування впливу господарської та іншої діяльності на навколишнє природне середовище; з) безоплатність загального та платність спеціального використання природних ресурсів для господарської діяльності; и) компенсація шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища.

При цьому звертає на себе особливу увагу те, що реалізація екологічної функції фактично визнана державою одним із пріоритетних напрямів внутрішньої політики України. Зокрема у ст. 9 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» зазначається, що основними засадами внутрішньої політики в екологічній сфері та сфері техногенної безпеки є: забезпечення конституційних прав громадян на безпечне довкілля, створення екологічно і техногенно безпечних умов життєдіяльності населення, посилення просвітницької діяльності з інформування населення про екологічні норми і стандарти; збереження навколишнього природного середовища, вдосконалення національної екологічної політики, стимулювання розвитку екобезпечних технологій; забезпечення комплексного захисту населення та реабілітації території від негативного впливу наслідків Чорнобиль-

ської катастрофи, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи; здійснення заходів щодо безпечного поводження з радіоактивними відходами, зняття з експлуатації Чорнобильської АЕС та перетворення об'єкта «Укриття» на екологічно безпечну систему; підвищення рівня цивільного захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру; впровадження системи екологічно збалансованого використання природних ресурсів [24].

Подібна роль екологічної функції підтверджується тим, що загрози в екологічній сфері, які нині об'єктивно існують в Україні, або ж можуть потенційно виникнути на її території, віднесені на законодавчому рівні до факторів, які можуть становити загрозу національній безпеці України. Зокрема про важливість екологічної функції та роль екологічної безпеки в системі загальнонаціональної безпеки пишуть автори змістовного дослідження «Національна безпека України: структура та напрямки реалізації» [25]. Так само слід згадати й Закон України Про основи національної безпеки України від 19.06.2003 р. [26], в якому до загроз національній безпеці в екологічній сфері віднесено такі фактори: значне антропогенне порушення і техногенна переваженість території України, зростання ризиків виникнення надзвичайних ситуацій техногенного та природного характерів; нераціональне, виснажливе використання мінерально-сировинних природних ресурсів як невідновлюваних, так і відновлюваних; неподоланність негативних соціально-екологічних наслідків Чорнобильської катастрофи; погіршення екологічного стану водних басейнів, загострення проблеми транскордонних забруднень та зниження якості води; загострення техногенного стану гідротехнічних споруд каскаду водосховищ на р. Дніпро; неконтрольоване ввезення в Україну екологічно небезпечних технологій, речовин, матеріалів і трансгенних рослин, збудників хвороб, небезпечних для людей, тварин, рослин і організмів, екологічно небезпечне використання генетично змінених рослин, організмів, речовин та похідних продуктів; неефективність заходів щодо подолання негативних наслід-

ків військової та іншої екологічно небезпечної діяльності; небезпека техногенного, у тому числі ядерного та біологічного, тероризму; посилення впливу шкідливих генетичних ефектів у популяціях живих організмів, зокрема генетично змінених організмів, та біотехнологій; застарілість та недостатня ефективність комплексів з утилізації токсичних і екологічно небезпечних відходів.

З огляду на це, цілком виправданим є і той комплекс конкретних дій органів державної влади, який нині пов'язується з реалізацією екологічної функції, а саме: вживання заходів, які гарантують екологічну безпеку ядерних об'єктів і надійний радіаційний захист населення та довкілля, зведення до мінімуму впливу наслідків аварії на Чорнобильській АЕС; впровадження у виробництво сучасних, екологічно безпечних, ресурсо- та енергозберігаючих технологій, підвищення ефективності використання природних ресурсів, розвиток технологій переробки та утилізації відходів; поліпшення екологічного стану річок України, насамперед басейну р. Дніпро, та якості питної води; запобігання забрудненню Чорного та Азовського морів та поліпшення їх екологічного стану; стабілізація та поліпшення екологічного стану в містах і промислових центрах Донецько-Придніпровського регіону; недопущення неконтрольованого ввезення в Україну екологічно небезпечних технологій, речовин і матеріалів, збудників хвороб, небезпечних для людей, тварин, рослин, організмів; реалізація заходів щодо зменшення негативного впливу глобальних екологічних проблем на стан екологічної безпеки України, розширення її участі у міжнародному співробітництві з цих питань.

Наразі одним з інструментів забезпечення екологічної функції Української держави є реалізація державних цільових та екологічних програм. Як зазначено у ст. 6 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», з метою проведення ефективної і цілеспрямованої діяльності України по організації і координації заходів щодо охорони навколишнього природного середовища, забезпечення екологічної безпеки, раціонального використання і відтворення природних ресурсів на перс-



пективу розробляються і приймаються державні цільові, міждержавні, регіональні, місцеві та інші територіальні програми. Порядок розробки державних цільових екологічних програм визначається Кабінетом Міністрів України. Центральні та місцеві органи виконавчої влади, а також органи місцевого самоврядування під час розробки екологічних програм залучають громадськість до підготовки шляхом оприлюднення проектів екологічних програм для їх вивчення громадянами, підготовки громадськістю зауважень та пропозицій щодо запропонованих проектів, проведення публічних слухань стосовно екологічних програм.

Водночас важливим кроком законодавчого забезпечення комплексної державної політики в сфері екології стало прийняття Закону України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» від 21.12.2010 р. [27], в якому метою національної екологічної політики було визначено стабілізацію і поліпшення стану навколишнього природного середовища України шляхом інтеграції екологічної політики до соціально-економічного розвитку України для гарантування екологічно безпечного природного середовища для життя і здоров'я населення, впровадження екологічно збалансованої системи природокористування та збереження природних екосистем. Водночас, як зазначено в Стратегії, основними принципами національної екологічної політики є: посилення ролі екологічного управління в системі державного управління України з метою досягнення рівності трьох складових розвитку (економічної, екологічної, соціальної), яка зумовлює орієнтування на пріоритети сталого розвитку; врахування екологічних наслідків під час прийняття управлінських рішень, при розробленні документів, які містять політичні та/або програмні засади державного, галузевого (секторального), регіонального та місцевого розвитку; запобігання надзвичайним ситуаціям природного і техногенного характеру, що передбачає аналіз і прогнозування екологічних ризиків, які ґрунтуються на результатах стратегічної екологічної оцінки, державної екологічної експертизи, а

також державного моніторингу навколишнього природного середовища; участь громадськості та суб'єктів господарювання у формуванні та реалізації екологічної політики, а також урахування їхніх пропозицій при вдосконаленні природоохоронного законодавства; невідворотність відповідальності за порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища; доступність, достовірність та своєчасність отримання екологічної інформації.

*Таким чином, узагальнюючи результати проведеного дослідження, можемо сформулювати такі висновки.*

*По-перше, хоча реалізація екологічної функції сучасної Української держави пов'язана з проведенням ефективної державної політики щодо збереження довкілля й охорони навколишнього середовища, це не означає, що ця функція може бути редукована при сукупності державних програм екологічного розвитку окремих регіонів, або ж тих чи інших заходів у частині збереження довкілля.*

*По-друге, реалізація екологічної функції сучасною Українською державою включає у себе такі елементи: охорона навколишнього природного середовища; раціональне використання громадянами, органами державної влади та суб'єктами господарювання природних ресурсів; забезпечення екологічної безпеки та правопорядку в галузі використання природних ресурсів; гарантування екологічної безпеки громадян органами державної влади, а також визначених на законодавчому рівні екологічних прав людини і громадянина; налагодження ефективної регіональної і міжнародної співпраці в екологічній галузі на основі чинних міжнародних договорів та норм міжнародного екологічного права.*

*По-третє, ефективність реалізації екологічної функції у сучасній Україні залежить не лише від наявних у державі економічних, фінансових та організаційних ресурсів, а й від якості її правового забезпечення, починаючи від Конституції України, законів та інших нормативно-правових актів. У цьому аспекті удосконалення сучасного екологічного законодавства України є необхідною умовою успішності реалізації екологічної функції держави.*

## ПРИМІТКИ

1. Гетьман А. Методологічні засади становлення правових основ охорони довкілля / А. Гетьман // Право України. — 2011. — № 2. — С. 11—12.
2. Екологічне право України : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / В. Д. Гапотій. — Мелітополь : Вид. дім ММД, 2010.
3. Екологічне право України : конспект лекцій для студ. юрид. спец. / К. П. Пейчев. — Х. : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2008.
4. Екологічне право України : навч. посіб. — 2-ге вид., перероб. і допов. / Н. Р. Кобецька. — К. : Юрінком Інтер, 2008.
5. Екологічне право України : навч. посіб. для студ. ф-ту інж. екології міст / В. В. Шило, О. С. Баб'як. — Х. : Оригінал, 1997.
6. Екологічне право України : навч. посіб. для вищ. навч. закл. / О. С. Баб'як [та ін.]. — К. : Атіка, 2000.
7. Екологічне право України : навч. посіб. / Н. В. Барбашова ; Донецька держ. академія управління. — Донецьк : Алекс, 2003.
8. Федоренко В. Л. Система конституційного права України як складник класичного конституціоналізму / В. Л. Федоренко // Конституція і конституціоналізм : вибіркові проблеми / відп. ред. : П. Ф. Мартиненко, В. М. Кампо. — К. : Купріянова, 2007. — С. 58.
9. Малишко М. Конституційні основи екологічного права та їх місце в екологічній правовій системі / М. Малишко // Право України. — 2011. — № 2. — С. 44.
10. Лазаренко Я. Роль засобів масової інформації у запобіганні порушенням природоохоронного законодавства / Я. Лазаренко // Право України. — 2009. — № 1. — С. 67—73.
11. Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник / В. И. Червонюк. — М. : ИНФРА-М, 2007. — С. 123.
12. Костицький В. Екологічна функція держави та економіко-правовий механізм охорони довкілля / В. Костицький // Право України. — 2004. — № 1. — С. 147—149.
13. Дежан-Понс М. Територіальний та екологічний виміри забезпечення сталого розвитку, прав людини та демократії / М. Дежан-Понс // Право України. — 2011. — № 2. — С. 95—104.
14. Государственное управление : основы теории и организации : в 2 т. / под ред. В. А. Козбаненко. — М. : Статут, 2002. — Т. 2. — С. 474—475.
15. Адміністративне право України / за ред. Ю. П. Битяка. — Х. : Право, 2001. — С. 261.
16. Шемшученко Ю. С. Вибране / Ю. С. Шемшученко. — К. : Юридична думка, 2005. — С. 295. Також див.: Екологічне право України. Академічний курс : підручник / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. — К. : Юридична думка, 2008. — С. 5.
17. Екологічне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищих навч. закл. / А. П. Гетьман [та ін.] ; ред. : А. П. Гетьман, М. В. Шульга ; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. — Х. : Право, 2005. — С. 36.
18. Барбашова Н. Проблеми охорони довкілля Азовського та Чорного морів: організаційно-правовий аспект / Н. Барбашова // Право України. — 2010. — № 7. — С. 123.
19. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — С. 73.
20. Андрейцев В. І. Екологічне право. Курс лекцій : навч. посіб. для юрид. фак. вузів / В. І. Андрейцев. — К. : Вентурі, 1996. — С. 26.
21. Теорія держави і права : навч. посіб. / за заг. ред. В. К. Шкарупи. — Херсон : ВАТ «ХМД», 2008. — С. 63.
22. Екологічне право і законодавство суверенної України: проблеми реалізації державної екологічної політики : монографія / В. І. Андрейцев. — Д. : НГУ, 2011. — С. 10.
23. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1995 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 41. — Ст. 546.
24. Про засади внутрішньої і зовнішньої політики : Закон України від 01.07.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 40. — Ст. 527.
25. Данильян О. Г. Національна безпека України: структура та напрямки реалізації / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, М. І. Панов. — Х. : Фоліо, 2002. — С. 124—129.
26. Про основні національної безпеки України : Закон України від 19.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 39. — Ст. 351.

27. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України від 21.12.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 26. — Ст. 218.

---

**Вольнец Виталий. Экологическая функция в системе функций современного государства: проблемы правового обеспечения в Украине.**

*В статье дан комплексный анализ экологической функции в системе функций современного государства. Автор определяет основные теоретико-методологические подходы к определению роли и содержания экологической функции государства в современных условиях. Особое внимание уделяется проблеме правового обеспечения экологической функции, а также правовым гарантиям экологической безопасности граждан Украины. **Ключевые слова:** функции государства, экологическая функция, законодательство Украины, Конституция Украины, правовые гарантии экологической безопасности, экологические права человека.*

**Volynets Vitaliy. Ecological function in the system of the modern state functions: problems of legal support in Ukraine.**

*The article presents a comprehensive analysis of ecological function in the system of modern state functions. The author defines the basic theoretical and methodological approaches in determining the role and content of the ecological function of modern state. Particular attention is paid to the legal support of ecological function and to the legal guarantees of environmental safety of Ukrainian citizens.*

**Key words:** state functions, ecological function, legislation of Ukraine, Ukrainian Constitution, legal guarantees of environmental safety, ecological human rights.

УДК 34.01:316.4.057.2

**Олексій Макаренко,**

кандидат юридичних наук,

старший викладач кафедри історії і теорії держави та права

юридичного факультету Запорізького національного університету

## ОЗНАКИ ПРАВА ВІДКРИТОГО СУСПІЛЬСТВА: КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ ПІДХІД

*Встановлено ознаки права відкритого суспільства, а саме: першочергове забезпечення прав і свобод людини та суспільства у сферах охорони здоров'я, соціального захисту, духовно-культурного та економічного розвитку, за умов мінімального витрачання ресурсів; інформативність взаємовідносин громадян; демократія; неупередженість, самостійність і незалежність правосуддя; мінімальна корупція; мир і толерантність етносів між собою, їх рівноправність. Наголошено, що стан відображення цих ознак у національному законодавстві залежить від рівня цивілізаційного розвитку країни. Обґрунтовано, що ці ознаки мають бути відображені в актах міжнародного права.*

**Ключові слова:** відкрите суспільство, демократія, міжнародні відносини, ознаки права, освіта, права людини, ресурси.

Осмилення права за посередництва наукових понять передбачає врахування конкретно-історичного контексту, що визначає розуміння сутності та змісту права. Виокремлюючи у цьому контексті якісний стан економіки та рівень духовності людей, отримуємо специфіку якостей і призначення правової матерії соціального життя сучасності. Соціум, який успішно розвивається не за рахунок порушення прав інших людей, вважається відкритим, а його право таким, що має ознаку відкритості, тобто здатне найточніше відтворювати у собі об'єктивну картину суспільних відносин, які визначають соціальний прогрес. Сутність цих взаємозв'язків обумовлює важливість їх пізнання, результати якого повинні своєчасно знайти свої адекватне відображення у законодавстві, ставши загальнообов'язковими для всіх, у т. ч. тих, чия діяльність зумовлює закритість суспільства.

На сьогодні аналіз ознак, принципів та інших характеристик права, у т. ч. в умовах відкритого суспільства, здійснений у великій кількості наукових робіт вітчизняних (С. Бостана, В. Гейця, С. Гусарева, М. Козюбри, А. Колодія, О. Лисенко, В. Манжури, Ю. Оборотова, П. Рабіновича, О. Скакун, О. Тихомирова, І. Усенка, О. Ярмиша та ін.) і зару-

біжних (Я. Джарві, І. Лукашука, Дж. Лула, В. Лунєєва, М. Марченка, Г. Маслова, Н. Матузова, Дж. Сороса, Б. Топорніна та ін.) філософів, юристів та економістів. Утім риси права, обумовлені відкритістю суспільства, залишились розкритими недостатньо повно й всебічно. Зазначене зумовлює актуальність обраної теми.

Об'єктом цієї статті є специфічні риси права відкритого суспільства. Предметом статті — концептуальне визначення специфічних рис права відкритого суспільства. Метою статті — концептуальне визначення специфічних рис права відкритого суспільства. Завданнями автора є: аналіз рис права як наслідку відкритості суспільства; встановлення ролі та значення цих ознак правових механізмів у забезпеченні відкритості останнього.

Методи дослідження: структурно-функціональний, системно-логічний, концептуалізацій, діалектичний і формально-логічний тощо.

На підставі емпіричних даних трагедій Другої світової війни та подібних подій К. Поппер встановив недоліки теорії громадянського суспільства та переосмислив її у концепції відкритого суспільства, де окреслені основні засади, ознаки, функції останнього, у т. ч. загальні ідеї напрямів реформування дер-

жави і права, що перетворюють їх на ефективні механізми забезпечення прав людини і людських спільнот і передбачають наявність таких ознак: демократичного ладу; плюралістичних публічних дебатів, які доповнює свобода преси та прийняття індивідуальних і колективних рішень; відмови від політики терору та війни з сусідніми країнами; поваги до меншин; незалежності правосуддя; децентралізованої й відкритої економіки; мінімально корумпований державний апарат, здатний гарантувати внутрішню і зовнішню безпеку за умови явної підтримки більшості населення [1]. Усі ці ознаки стають реальністю тоді, коли вони знаходять своє належне закріплення у законодавчих нормах.

Духовно-культурна сфера життя є першою підвалиною існування і розвитку суспільства. Тому інститути освіти і культури, охорони здоров'я та гідного соціального забезпечення людини є пріоритетними, у т. ч. такими, що мають захищене від зменшення фінансування (з бюджетів та з інших державних фондів) своєчасного, в потрібному змісті, обсязі та місці. Зміст дій суб'єктів механізму держави повинен бути визначений у нормативно-правових актах (далі — НПА) достатньо детально, а саме: чіткі та однозначні обов'язки усіх працівників органів публічної адміністрації (у т. ч. підприємств та неприбуткових організацій) щодо реалізації функцій у зазначеній сфері, контроль за їх належним здійсненням, відповідальність за неналежні виконання і контроль. Тобто законодавство з питань освіти і культури, охорони здоров'я та соціального забезпечення повинно відповідати природі людини та соціуму, у т. ч. закономірностям ефективного публічного управління, і гарантувати досягнення таких результатів: 1) виховання людини відкритого суспільства — біологічної істоти, яка не тільки зовнішньо нагадує людину, але є такою внутрішньо, тобто свідомо та за власною волею оволодіває таким рівнем культурної компетенції, який мінімально необхідний для самостійного вико-

нання нею соціально значущої і такої, що має позитивну сутність (тобто забезпечує прогрес), функції. Виховання впродовж усього життя — від моменту народження до здобуття вищої освіти, підвищення кваліфікації на роботі та гідного використання своїх життєвих сил після виходу на пенсію; 2) створення умов для максимально тривалого фізично і духовно повноцінного життя. У відкритому суспільстві джерело життєвого пориву (свідомість і надсвідомість) має імпульс до розгортання енергії людей у більш високі форми існування, виключаючи можливості обрання тупикових напрямів реформування та забезпечуючи соціальний прогрес. Людина керується інтелектом, а не інстинктами, користуючись свободою, вільно виявляючи свої почуття і думки, обумовлені внутрішніми переживаннями і знаннями [2]. Між іншим, результати проведеного нами соціологічного опитування виявили, що фахові знання більшості випускників вищих навчальних закладів України є задовільними — так вважають 43% респондентів, незадовільними — 23%, добрими — 30%\*.

Законодавчо забезпечивши рівні фізіологічні та духовні умови розвитку людей, виходячи з їх об'єктивних природних здібностей (далі — розвинені громадяни), вони отримують реальну можливість вільно і на паритетних (щодо один одного) засадах конкурувати між собою, обирати варіанти реалізації цієї позитивної потенційної енергії на практиці, відтворювати соціальну систему і розвивати її, зокрема шляхом своєчасного заміщення на посаді об'єктивно менш ефективного більш ефективним працівником. За К. Поппером і С. Ліпсетом, внутрішня структура відкритого суспільства дозволяє його членам вільно пересуватися з одного соціального прошарку в інший (теорія соціальної конкуренції). За даними вищевказаного анкетування, громадяни конкурують за відсутності адекватних засобів та в умовах нерівноправності (66,7% респондентів). Отже, максимальний розвиток здібностей кож-

\* У квітні, липні і серпні 2012 р. всього проанкетовано 30 громадян, усі мінімум з однією вищою освітою і стажем роботи; з них 11 безробітних, інші — підприємці і/або експерти (12 підприємці і/або експертів з м. Токмак Запорізької області, інші — з м. Запоріжжя).

ного члена суспільства обумовлює його відкритість. Такий розвиток нині особливо чутливий до відображення справедливості, свободи, рівноправності та інших загальноправових принципів у законодавчих механізмах, досконалість яких означає, що кількість і якість ресурсів є однаковими для всіх громадян країни. Описані якості права виражаються у такій його ознаці, як антропосоціовимірність у сферах охорони здоров'я, соціального забезпечення, духовно-культурного розвитку.

Відкрите суспільство потребує наявності законодавчих механізмів вільного і максимально швидкого створення та передачі усіх корисних та важливих ідей (ініціатив, проектів) — відомостей, які сприятимуть максимально швидкому розвитку людини і суспільства за умови мінімального витрачання ресурсів — від її авторів до органів публічної влади та інших суб'єктів, які своєчасно реалізують їх на практиці (чи сприятимуть такій реалізації). Як слушно зазначив М. Азаров: «...І система управління в країні має здійснюватися не лише через бюрократичні канали, а й через суспільні механізми» [3]. О. Сурілов влучно підкреслив, що важливою ознакою відкритого суспільства стає свобода людей у сфері використання інформації в усіх сферах їх життєдіяльності. На його думку, право, держава, їх структурні підрозділи — це відкриті системи. «Як такі, — писав він, — вони знаходяться у стані постійного обміну інформацією із соціальним середовищем, у якому вони функціонують» [4].

Отже, черговою ознакою права відкритого суспільства є його здатність забезпечувати інформативність взаємовідносин розвинених громадян.

Зміст поняття відкритого суспільства збагачується також за рахунок додавання до його обсягу категорії демократії. М. Михальченко і Г. Дашутін визначили відкритість суспільства за критерієм незамкненості центру владної еліти, яка відкрита для поповнення тими громадянами, які здатні займатися політикою [5]. Суспільство стає відкритим тоді, коли кожен громадянин може зі знанням ситуації діяти в особистих і спільних інтересах, а також накопичувати інформа-

цію, визначати свої вподобання і, відповідно, голосувати на виборах [60]. Практичне утвердження політико-правової системи, яка дозволяє обрання і призначення на посади органів публічної влади розумних та здібних до максимально ефективного виконання усіх важливих задач соціального розвитку, у т. ч. за рахунок вільної передачі правдивої інформації про них, а також шляхом створення і вмілого використання (на користь людини і суспільства) відомостей у межах предмета їх діяльності, здійснюється через ухвалення відповідних норм конституційного та адміністративного права.

Отже, у політичній сфері законодавство відкритого суспільства повинно належним чином забезпечувати демократичний устрій політичного життя — пасивне і активне виборче право, право організувати і брати участь у демонстраціях та інших подібних заходах, звертатися до органів публічної влади та отримувати від них потрібну допомогу тощо.

Гарантування прав людини і суспільства у вищезазначених сферах далі розгортається у вимогах законодавства до процедур ухвалення рішень органами публічної влади з питань розвитку народного господарства, контролю за ухваленням та виконанням цих рішень. Оскільки тільки прибутки, отримані в результаті підприємницької діяльності, стають єдиним джерелом задоволення потреб з відтворення енергії та фінансування будь-яких проектів розвитку, то у правових нормах, що регулюють економічні відносини, необхідно відображати такі правила, які сприятимуть максимізації прибутків за умови мінімального витрачання ресурсів. Ухвалення таких норм передбачає обов'язкове врахування думки експертів, дотримання принципу пріоритетності та фундаментальності соціального розвитку — витрачання коштів у напрямі від найбільш до найменш важливих та системоутворюючих проектів. Наприклад, фундаментальним проектом є автомобілебудівна галузь, її розвиток означає зростання роботи низки суміжних галузей і підгалузей промисловості, що у сукупності приносить великий соціальний ефект: зайнятість населення (у 2008 р. — році найбільшого

росту, в Україні 85 тис. осіб, у загальному обсязі ВВП складала 3,6%), сплату податків (у нашій державі — 5,8 млрд грн у 2009 р.) [7] і соціального внеску тощо. Водночас на сьогодні в Україні відсутня державна програма розвитку автомобілебудування — первинний елемент правового механізму реалізації будь-якого рішення публічної влади у цій сфері. При цьому втручання держави в економічні відносини повинно бути мінімальним, але достатнім для утвердження децентралізованої, конкурентоспроможної, вільної для обміну капіталом економіки і свободи економічної конкуренції [8; 9], тому право відкритого суспільства повинно забезпечувати рівні стартові можливості для підприємництва, гідний (з урахуванням досягнень цивілізації людей) стандарт життя кожній розвиненій людині та їх спільнотам. За даними зазначеного соціологічного опитування, рівень економічного розвитку нашого суспільства скоріше або зовсім не сприяє громадянам у реалізації та захисті їх прав і свобод (79,7 %). Отже, право відкритого суспільства є економічно антропосоціовимірним.

Вирішення проблем належної реалізації, охорони і захисту правових можливостей суб'єктів права у відкритому суспільстві покладається головним чином на неупереджених суддів і судову владу, самостійну й незалежну від виконавчої, як найбільш схильної до порушення правових норм, та інших гілок влади. Як вірно зазначив В. Городовенко: «Незалежність складає універсальний контекст функціонування судової влади та її носіїв» [10]. Гарантування дотримання цього принципу означає здійснення судом правосуддя та інших функцій відповідно до загальноправових принципів права. Відображення у законодавстві цих гарантій полягає у закріпленні автономних порядків (без одноосібного впливу органів виконавчої влади) фінансування і матеріально-технічного забезпечення судів, виключенні можливості отримання суддями вказівок від будь-кого, недопущенні переведення суддів на інші посади за наслідками ухвалення ними рішень всупереч вказівкам інших осіб. Отже, черговою ознакою права відкритого суспільства стає його здатність

забезпечувати неупередженість, самостійність і незалежність правосуддя.

Дієвість права як така виключається в умовах, коли посадовці органів публічної влади користуються своїми капіталами, у т. ч. керують власними інтересами під час виконання покладених на них законодавством функцій з розвитку людини і суспільства. Виникає за таких умов свавілля посадовців, незахищеність та відставання у розвитку людей характерні для закритого суспільства. Відкритість забезпечують тільки ті законодавчі механізми, які усувають причини та умови корупції, у т. ч. закріплення системи використання прибутків у місці розташування суб'єкта господарювання, спрямування цих коштів на наповнення бюджетів та виплати високої заробітної плати працівникам суду та органів виконавчої влади, правоохоронних органів, медикам, вчителям. Правові механізми максимального зниження корупції в органах публічної влади підвищують її явну підтримку більшої частини населення та здатність гарантувати внутрішню і зовнішню безпеку своїм громадянам. У нашій державі рівень корупції органів влади залишається стабільно високим, а саме: індекс сприйняття корупції впродовж 2007—2011 років зріс з 3,6 до 2,2 бала (з 10 можливих), що дорівнює рівню країн Африки, які тільки розвиваються; за результатами згаданих вище соціологічних досліджень — громадяни домагаються належної реалізації та захисту своїх прав і свобод за рахунок корупції (83,3% респондентів). Отже, у відкритому суспільстві право мінімізує корупцію.

Право відкритого суспільства характеризується здатністю забезпечувати толерантне, недискримінаційне, мирне й вільне спілкування етносів між собою. У нинішніх умовах посилення глобалізації актуалізує низку питань полікультурності сучасних суспільств, їх відкритості щодо процесів акультурації, наприклад, українське суспільство у духовно-культурній сфері помірковано закриті [11]. Л. Берталанфі підкреслює, що за критерієм здатності соціальної системи до обміну інформацією з іншими людськими спільнотами, вона визначається як відкрита чи, навпаки, — як закрита

соціальна система [12]. У законодавстві треба максимально враховувати права національних меншин та інших соціальних груп, одночасно надійно гарантувавши розвиток єдиної титульної нації. Це є особливо актуальним для України, де проживають представники понад 139 національностей, які складають 10 млн людей. Як слушно зазначили Г. Удовенко та І. Заєць: у концепції державної етнонаціональної політики України потрібно зафіксувати, що мовою міжнаціонального спілкування є українська мова [13]. Отже, право відкритого суспільства покликане утверджувати мир і толерантність етносів між собою, об'єднувати націю, у т. ч. за ознакою спільної мови.

Наявність зазначених вище ознак у праві проявляється розбудовою паритетних зовнішніх відносин з сусідніми країнами. За результатами зазначеного вище анкетування, взаємовідносини України з Російською Федерацією і США, а особливо з ЄС визнані нерівноправними — ці країни у своїх інтересах здійснюють тиск на нашу державу (відповідно 63,3%, 60%, 66,7%). У нинішніх умовах зростання нераціонального використання ресурсів навколишнього середовища [14], ресурси країни стають причиною війни з іншими країнами. Тому, відповідаючи усім вищевстановленим критеріям, право відкритого суспільства повинно містити достатні механізми посилення безпеки людей, у т. ч. через надійні охорону і захист природних ресурсів країни: функціонування безздатної армії, якій, за прикладом Франції та інших розвинених країн, доцільно мати ядерну зброю. Наприклад, законодавчі механізми, які передбачають відтворення такої зброї у Північній Кореї, суттєво ускладнюють напад інших країн на неї, хоча треба зазначити, що цій країні допомагає уникати конфліктів з іншими державами відсутність у неї природних ресурсів, потрібних нападникам. Водночас відсутність такої зброї у Лівії спростило іноземним державам знищення впродовж лютого—жовтня 2011 р. її ефективної системи господарювання і використання у своїх інтересах національних багатств цієї країни.

На міжнародному рівні утвердження

спільноти відкритих суспільств передбачає створення правових механізмів виключення можливостей захоплення однією державою іншої держави, наприклад описаних М. Хардтом і А. Негрі [15], Дж. Соросом [16] і т. п. Засадничими для розбудови відкритого суспільства є такі правила міжнародно-правових актів: 1) принцип паритетності, виходячи з приблизно однакового рівня відкритості (розвитку) людських цивілізацій або досягнення паритету за рахунок внесення до угод компенсуючих переваг тим країнам, які мають нижчий рівень розвитку (наприклад за індексом людського розвитку) і докладають достатніх зусиль для прогресу. Виконуючи такі угоди, країни будуть дотримуватися балансу в обміні інформацією та іншими ресурсами, необхідних умов відкритості сфери ухвалення рішень зі сталого розвитку; 2) інші загальноправові і міжнародно-правові принципи — невтручання у внутрішні справи, сумлінного виконання міжнародних зобов'язань та ін. При цьому на сьогодні, з урахуванням дисбалансу розвитку різних країн світу між собою; досвіду безпідставного втручання у внутрішні справи, внаслідок перекручень фактів та відсутності чітких меж визначення реальних (не надуманих) підстав для такого втручання, — необхідно закріпити критерії віднесення країн до відкритих, таких, що відкриваються, і закритих, а також методики чіткого обрахування цих критеріїв. У цьому разі проблема взаємної агресії країн зникне сама собою. Адже насправді розвинені відкриті країни є самодостатніми, тобто або мають усе необхідне на своїй території (що є виключенням з правила), або створюють таку продукцію, за яку можуть обміняти (не відібрати) в інших народів те, чого їм не вистачає. Отже, у міжнародно-правових актах і національному законодавстві треба відобразити зміст міжнародних відносин таким чином, щоб обумовити позитивні тенденції розвитку кожної країни і людства у цілому.

Створення законодавства, яке уособлюватиме усі вищеописані ознаки права відкритого суспільства, здійснюється за рахунок безперервного вдосконалення юридичної техніки створення НПА та її



вмілого використання (наприклад, формалізації правил поведінки та доречного внесення до текстів НПА оціночних понять).

Таким чином, поєднання результатів аналізу концепції відкритого суспільства К. Поппера та її релевантних інтерпретацій уможливило з'ясування того факту, що ключовою проблемою правової системи відкритого суспільства є визначення необхідних механізмів одночасно належного забезпечення прав і свобод людини та соціуму для їх максимально швидкого розвитку. Враховуючи вищезазначене, вирішення цієї проблеми обумовлює антропосоціомірність права відкритого суспільства — здатність права першочергово забезпечити: 1) максимально повну реалізацію, охорону і захист прав і свобод людини та суспільства у сферах охорони здоров'я, соціального забезпечення, духовно-культурного та економічного розвитку, за умови мінімального витрачання

ресурсів; 2) інформативність взаємовідносин розвинених громадян; 3) демократичний устрій політичного життя; 4) неупередженість, самостійність і незалежність правосуддя; 5) мінімальну корупцію; 6) мир і толерантність етносів між собою, об'єднання нації, також за ознакою спільної мови; 7) рівноправність нації і практичну реалізацію усіх інших загальноправових, а також міжнародно-правових принципів у міжнародних відносинах. Залежно від рівня цивілізаційного розвитку країни ці якості права різною мірою відображені у її національному законодавстві, об'єктивно пронизуючи усю її правову систему. Більше того, з урахуванням змісту процесів глобалізації, зазначені якості повинні бути відображені у міжнародно-правових актах. У подальшому з'ясуємо об'єктивізацію ознак права відкритого суспільства у нормах національного законодавства і міжнародного права.

#### ПРИМІТКИ

1. Ладюрі Е. Відкритість. Суспільство. Влада: від Нантського едикту до падіння комунізму / Еманюель Ле Руа Ладюрі у співпраці з Гійомом Буржуа ; пер. з фр. Є. Марічева. — К. : Ніка-Центр, 2008. — С. 11—12.
2. Бергсон А. Два источника морали и религии. — 2-е изд., испр. / Анри Бергсон ; пер. с фр. А. Б. Гофмана. — М. : КДУ, 2010. — С. 49—52.
3. Державою керують суспільні механізми. Позиція: владі потрібна критика для реальної оцінки ситуації в країні // Урядовий кур'єр. — 2011. — № 147. — С. 2.
4. Сурилов А. В. Теория государства и права : учеб. пособ. / Алексей Васильевич Сурилов. — К. ; О. : Вища школа, 1989. — С. 80.
5. Михальченко М. Політичний ідеал відкритого суспільства в умовах «керованої демократії» / М. Михальченко, Г. Дашутін // Вища освіта України. — 2006. — № 2. — С. 50.
6. Открытое государство: политико-правовое видение // Государство и право. — 2003. — № 5. — С. 60—68.
7. Колбасін Є. С. Державна підтримка автомобілебудування в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 08.00.03 «Економіка та управління національним господарством» / Євген Сергійович Колбасін. — Х., 2011. — С. 5.
8. Гальчинський А. Обраним шляхом / Анатолій Гальчинський. — К. : Либідь, 1999. — С. 36.
9. Кругман П. Возвращение Великой депрессии? Мировой кризис глазами Нобелевского лауреата / Пол Робин Кругман ; пер. с англ. В. Н. Егорова ; под ред. Л. А. Амелихина. — М. : ЭКСМО, 2009. — С. 275—290.
10. Городовенко В. В. Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні : монографія / Віктор Валентинович Городовенко. — К. : Фенікс, 2007. — С. 81.
11. Ручка А. Відкритість українського суспільства: етнокультурний вимір / Анатолій Ручка, Людмила Скокова // Розбудова держави. — 1998. — № 7/8. — С. 102—107.
12. Василькова В. Порядок и хаос в развитии социальных систем: (Синергетика и теория социальной самоорганизации) / В. Василькова. — СПб. : Лань, 1999. — С. 57.
13. Сицук О. Яка етнонаціональна політика нам потрібна / Олексій Сицук // Віче. — 2012. — № 3. — С. 40—43.

14. Удовика Л. Г. Трансформація правової системи в умовах глобалізації: антропологічний вимір : монографія / Лариса Григорівна Удовика. — Х. : Право, 2011. — С. 427.

15. Хардт М. Империя / М. Хардт, А. Негри ; пер. с англ., под ред. Г. Каменской, М. Фети-сова. — М. : Праксис, 2004. — 440 с.

16. Сорос Дж. Мыльный пузырь американского превосходства. На что следует направить американскую мощь / Джордж Сорос ; пер. с англ. В. Ионова. — М. : Альпина Бизнес Букс, 2004. — 192 с.

---

**Макаренко Алексей. Признаки права открытого общества: концептуальный подход.**

*Установлены признаки права открытого общества, а именно: первоочередное обеспечение прав и свобод человека и общества в сферах охраны здоровья, социального обеспечения, духовно-культурного и экономического развития, при условии минимального использования ресурсов; информативность взаимоотношений граждан; демократия; непредвзятость, самостоятельность и независимость правосудия; минимальная коррупция; мир, толерантность и равноправие этносов между собой. Подчеркнуто, что отображение этих признаков в национальном законодательстве зависит от уровня цивилизационного развития страны. Обосновано, что эти признаки должны быть закреплены в актах международного права.*

**Ключевые слова:** открытое общество, демократия, международные отношения, признаки права, образование, права человека, ресурсы.

**Makarenko Oleksiy. The features of law of an open society: the conceptual approach.**

*It is established the features of law of an open society, namely the immediate securing of human and society rights and freedoms in the area of health protection, social services, spiritual and cultural, and economic development, subject to a minimum use of resources; informativity of citizens relationship; democracy; impartiality; autonomy and independence of justice; minimal corruption; peace; tolerance and equal rights of ethnic groups. It is emphasized that the reflection of these features in the national law depends on the level of civilizational development of the country. It is proved that these features should be codified in the acts of international law.*

**Key words:** open society, democracy, international relations, features of law, education, human rights, resources.

УДК 342.511

**Віталій Скоморовський,**

кандидат історичних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права Івано-Франківського університету права імені короля Данила Галицького

## СОЮЗНИЙ ДОГОВІР РАДЯНСЬКИХ РЕСПУБЛІК ТА ЙОГО РОЛЬ В ІСТОРІЇ РОЗПАДУ СРСР

*У статті досліджено процес підготовки Союзного Договору, що мав на меті замінити Договір про утворення СРСР від 1922 р. Досліджено проекти угоди, розкрито їх роль у взаємовідносинах центральної влади і союзних республік. Доведено, що процес підготовки Договору відобразив і посилив кризу союзної держави, вплинув на події 1991 р., пов'язані з розпадом СРСР.*

**Ключові слова:** Союзний Договір, СРСР, переговорні процеси, радянські республіки, суверенітет, федеративні відносини.

В історії розпаду СРСР особливу роль відіграв процес підготовки нового Союзного Договору радянських республік, який повинен був наповнити новим змістом федеративні відносини в країні. Проте в тогочасних політичних умовах процес його підготовки ще більше посилив кризу союзної держави, суттєво вплинувши на розпад Союзу. З огляду на це відсутність детального аналізу підготовки нового Союзного Договору суттєво ускладнює об'єктивне сприйняття «загибелі» Радянського Союзу й оцінку можливих альтернативних варіантів розвитку СРСР як багатонаціональної держави.

У контексті нашого дослідження актуальними є наукові напрацювання Т. Батенка, В. Болдіна, В. Ісакова, С. Кона, І. Овчар, Т. Орлової, Е. Расшивалова, М. Серьогіна та інших. Однак історіографічний аналіз дозволяє дійти висновку, що тема правових основ розробки Союзного Договору радянських республік та його ролі в історії розпаду СРСР в українській історико-правовій науці не висвітлена повною мірою.

Метою статті є дослідження правових основ розробки нового Союзного Договору та висвітлення його ролі в історії розпаду СРСР.

Криза перебудовчих процесів у СРСР зумовила пошук нових форм співіснування радянських республік. У зв'язку з цим з'явилася ідея розробки і підписання нового договору між союзними республіками, який став би основою для

створення нової Конституції СРСР, зберіг єдність республік та через «оновлений Союз» утримав владу в країні [1].

Власну позицію стосовно нового договору М. Горбачов висловив на позачерговому третьому З'їзді народних депутатів СРСР (12—15 березня 1990 р.), зауваживши: «... вважаю безотлогательною розробку нового Союзного договору, который отвечал бы нынешним реальностям и потребностям развития нашей Федерации, каждого народа» [2].

Проект договору, який керівництво держави розіслало у союзні республіки для ознайомлення, проголошував кожну республіку суверенною державою, що володіла всією повнотою влади на своїй території [3], та визначав повновладдя центру щодо захисту суверенітету й територіальної цілісності Союзу РСР.

Перший проект Договору про Союз Суверенних Республік був опублікований в газеті «Правда» 09.03.1991 року, однак його обговорення відбувалося повільно. 23.04.1991 р. М. Горбачов, який представляв союзний центр, і керівники дев'яти республік (Росія, Україна, Білорусь, Казахстан, Узбекистан, Туркменістан, Киргизстан, Таджикистан, Азербайджан) підписали документ, відомий як «Заява 9+1» [4]. Між центром і республіками було підписано спільну заяву про невідкладні заходи щодо стабілізації обстановки в країні та подолання кризи. У заяві визнано за необхідне відновити конституційний порядок і неухильне дотримання союзного

законодавства. На квітневому об'єднаному Пленумі Центрального Комітету і Центральної Контрольної Комісії КПРС (24—25.04.1991 р.) М. Горбачов зазначив: «Учасники зустрічі, визнаючи всю критичність ситуації в країні, підтвердили в Совместном заявлении, что непеременимым условием стабилизации обстановки в обществе является восстановление повсеместно конституционного порядка, неукоснительное соблюдение действующих законов впредь до принятия нового Союзного договора и новой Конституции СССР. ... Вместе с тем было единодушно подчеркнуто, что первоочередной задачей для преодоления кризиса является заключение нового Союзного договора с учетом итогов проведенного Всесоюзного референдума» [5]. Як бачимо, укладення нового Союзного Договору в політиці вищого керівництва посідало першочергове значення. Крім того, планувалося не пізніше, ніж через шість місяців після підписання договору, ухвалити на з'їзді народних депутатів СРСР нову Конституцію Союзу [6].

У вересні 1991 р. сформовано групу фахівців для підготовки проекту нового Союзного Договору. Договір запропоновано назвати «Про Союз суверенних соціалістичних республік», що зберегло б аббревіатуру СРСР. Основною його метою повинно стати збереження федеративного устрою та функціонування центральних органів управління найважливішими галузями економіки. Обговорення почалось із виступу М. Горбачова, який обґрунтував принципові підходи до об'єднання. Російська сторона в особі Б. Єльцина погоджувалася на створення Союзу Суверенних Держав лише за умов ґрунтового доопрацювання проекту. Зокрема йшлося про обстоювання центральною владою інтересів республік при передачі відповідних повноважень президенту СРСР, введення одноканального податку, який передбачав переказ державами необхідної суми для потреб Центру [7].

У ході обговорення спільної позиції досягнуто не було. Президент СРСР запропонував доопрацювати проект документа, зблизити позиції учасників та продовжити обговорення на наступному засіданні.

17.06.1991 р. роботу Ради Федерації

поновлено. Керівники колишніх автономій заперечували проти обмеження їхніх прав. Вони наголошували на статусі суверенних республік і просили відповідного ставлення до них при формулюванні змісту договору.

З урахуванням висловлених пропозицій проект Союзного Договору був підписаний М. Горбачовим і розісланий Верховним Радам дев'яти союзних республік. Згідно з документом визнавались суверенітет та незалежність кожної окремої республіки, які повинні були делегувати центральному уряду низку повноважень у сфері оборони, зовнішньої політики та координації в економічній сфері. Такий самий проект отримали депутати Верховної Ради СРСР.

24 липня М. Горбачов урочисто оголосив про те, що роботу над Союзним Договором завершено. У проекті права союзних республік суттєво розширювались. Зокрема російська мова, залишившись «мовою міжнародного спілкування», переставала бути державною; очільники республіканського уряду могли брати участь у роботі союзного кабінету міністрів з правом вирішального голосу, а підприємства військово-промислового комплексу переходили під спільне управління Союзу та республік.

2 серпня 1991 р. М. Горбачов виступив по телебаченню зі зверненням до населення країни. Він оголосив, що Союзний Договір «відкритий для підписання» з 20.08.1991 р. [8].

У новому Договорі вказувалося, що держави, котрі створюють Союз, володіють усією повнотою політичної влади, самостійно визначають свій національно-державний устрій, систему органів влади і управління, вони можуть делегувати частину своїх повноважень іншим державам — учасникам Договору. Для держав, що його підписали, з тієї ж дати вважається таким, що втратив силу, Договір про утворення Союзу РСР 1922 р. Під договором поставили свої підписи всі дев'ять республіканських лідерів. Як зазначив дослідник С. Коен, «Горбачев был вынужден уступить республикам больше власти, чем он хотел, но общесоюзное государство, выборный президент и парламент, а также общие вооруженные силы и экономика сохранились. Все

было продумано: за церемонией подписания договора должны были последовать принятие новой конституции и выборы...» [9].

Зауважимо, що у новому проекті Союзного Договору практично відсутній юридичний зміст. Так, прийнята процедура поетапного підписання договору призводила до безпрецедентної в світовій практиці ситуації, коли впродовж тривалого часу на одній території мали співіснувати два державних утворення: Союз Радянських Соціалістичних Республік та Союз Радянських Суверенних Республік, з різним законодавством та навіть різними кордонами.

З юридичної точки зору підписання договору ліквідувало б СРСР як правовий суб'єкт, оскільки на політичній арені з'являлося б абсолютно нове утворення. У Верховній Раді вбачали в цьому не тільки знищення верховної центральної влади, а й розпуск народних депутатів, ліквідацію всіх парламентських структур.

У результаті спроби державного перевороту (19—21.08.1991 р.) утворення Союзу Суверенних Держав було зірване. Саме цього добивались учасники путчу, оскільки «подписание Союзного договора автоматически устранило руководителей ГКЧП от власти...» [10].

Чергове засідання Державної Ради відбулось 14.11.1991 р. в Ново-Огарьово. На ньому були присутні представники семи республік. Дискусія розгорнулася навколо центрального питання щодо форми нового державного утворення. Це могла бути або одна союзна держава (на зразок СРСР), або союз окремих держав. Як згадував М. Горбачов: «Спор шел по центральному вопросу: что у нас будет — союзное государство или союз государств? Может показаться: спор чисто словесный, но за ним стоял вопрос о том, будет ли у нас одна страна, или мы разделимся на несколько государств, со все-

ми вытекающими последствиями для граждан, экономики, науки, Вооруженных Сил, внешней политики и т. д.» [11].

Отже, сторони домовились про існування держави під назвою Союз Суверенних Держав — як суб'єкта міжнародного права. Однак існування Конституції ССД не передбачалося. Її функції мав виконувати договір про Союз Суверенних Держав [12]. Вищою посадовою особою мав бути президент, передбачався інститут віце-президентства. Президент ССД мав обиратись громадянами республік, що входять у союз [13].

М. Горбачов висловлював упевненість у підписанні угоди, проте ситуація ускладнювалась зростанням сепаратистських тенденцій у країні та прагненням республік до проголошення незалежності [14]. Ці фактори дали підставу усвідомити, що подальші переговори не мають сенсу, а перспективу збереження СРСР шляхом укладення нового Договору втрачено.

Ідея Союзного Договору повністю втратила своє значення після проведення 1 грудня Всеукраїнського референдуму, коли 90% громадян висловились за вихід зі складу Радянського Союзу. Україна відмовилась брати участь у подальших переговорних процесах [15]. Розпад СРСР на цьому за таких обставин став очевидним.

*Отже, руйнація ідеї нового Союзу була закономірним явищем, оскільки республіки перебували вже на тому етапі розвитку, коли процес відокремлення і подальший самостійний розвиток був невідворотним. Політика Центру не передбачала тактики випереджальних дій, котра могла б сприяти швидкій трансформації форм союзної держави. Рішення з фундаментальних проблем збереження союзної держави приймалися з великим запізненням, що зрештою призвело до розпаду СРСР.*

#### ПРИМІТКИ

1. Батенко Т. Королі СНД: портрети дванадцяти президентів (тенденції та закономірності розвитку в пострадянському просторі) / Т. Батенко. — Л.: Кальварія, 2000. — С. 78.
2. Внеочередной третий съезд народных депутатов СССР (12—15 марта 1990 г.): стенографический отчет. — М.: Издание Верховного Совета СССР, 1990. — Том III. — С. 61.
3. Уряди України у XX ст.: наук.-докум. вид. / А. Кінах, В. Литвин, Б. Патон, В. Смолий. — К.: Наукова думка, 2001. — С. 533.

4. Орлова Т. В. Історія нових незалежних держав / Т. В. Орлова. — К. : Знання, 2010. — С. 60.
5. Матеріали об'єднаного Пленума Центрального Комітета і Центральною Контрольною Коміссією КПРС, 24—25 квітня 1991 г. — М. : Політиздат, 1991. — С. 9.
6. Україна: утвердження незалежної держави (1991—2001) / Н. П. Барановська, В. Ф. Верстюк, С. В. Віднянський [та ін.] ; за ред. В. М. Литвина. — К. : Альтернативи, 2001. — С. 163.
7. Болдин В. И. Крушение пьедестала. Штрихи к портрету М. С. Горбачева / В. И. Болдин. — М. : Республика, 1995. — С. 400.
8. Центральний державний архів громадських об'єднань України. — Ф. 1. (Центральний Комітет Комуністичної партії України). — Оп. 32. — Спр. 2901 (Проект Договору про Союз Суверенних Держав та записка відділів ЦК Компартії України про цей проект та економічні розрахунки, правові висновки щодо входження України до Союзу на умовах, визначених згаданим проектом). — Арк. 3.
9. Коэн С. Можно ли было реформировать советскую систему / С. Коэн // Свободная мысль. — 2005. — № 1 (1551). — С. 157.
10. Путч. Хроника тревожных дней / под ред. Э. Расшивалова, Н. Серегина. — М. : Прогресс, 1991. — С. 243.
11. Горбачев М. С. Декабрь-91. Моя позиция / М. С. Горбачев. — М. : Новости, 1992. — С. 7.
12. Исаков В. Б. Расчлененка / В. Б. Исаков. — М. : Закон и право, 1998. — С. 12.
13. Горбачев М. С. Знач. праця. — С. 10.
14. Овчар І. Суспільно-політичні наслідки перетворень у СРСР (1985—1991 роки) / І. Овчар // Віче. — 2007. — № 21—22. — С. 25.
15. Хуторской В. Я. История России. Советская эпоха (1917—1993). — 2-е изд., перераб. и доп. / В. Я. Хуторской. — М. : ФАЗИС, 1995. — С. 154.

**Скоморовский Виталий. Союзный Договор советских республик и его роль в истории распада СССР.**

*В статье исследован процесс подготовки Союзного Договора, целью которого была замена Договора об образовании СССР от 1922 г. Исследованы проекты соглашения, раскрыта их роль во взаимоотношениях центральной власти и союзных республик. Доказано, что процесс подготовки Договора отобразил и усилил кризис союзного государства, повлиял на события 1991 года, связанные с распадом СССР.*

**Ключевые слова:** Союзный Договор, СССР, переговорные процессы, советские республики, суверенитет, федеративные отношения.

**Skomorovsky Vitaliy. The Union Treaty of soviet republics and its historical meaning for disintegration of the USSR.**

*In the article has been investigated the process of preparing of the Union Treaty, which has to exchange the Treaty about forming the USSR from 1922. Projects of the Treaty have also been investigated and their means in relations between central power and united republics have been discovered. It is proved, that the process of preparation of the Treaty represented and strengthened the crisis of the united state and also determined disintegration of the USSR.*

**Key words:** Union Treaty, the USSR, dialogical processes, soviet republics, sovereignty, federal relations.

УДК 347.62(37)+341.9(39)

**Олеся Балко,**аспірантка кафедри історії держави, права та політико-правових вчень  
Львівського національного університету імені Івана Франка

## ПРИНЦИПИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ШЛЮБНИХ ВІДНОСИН У ДАВНЬОМУ РИМІ

*У статті на основі аналізу закономірностей правового регулювання подружнього життя у Давньому Римі досліджено процес становлення та розвитку принципів регулювання шлюбних відносин, їх удосконалення в процесі рецепції римського приватного права та місце у правових системах країн континентального типу.*

**Ключові слова:** моногамність шлюбу, принцип «партнерства» подружжя, договірна концепція шлюбу, роздільність майна подружжя.

Правова традиція країн континентального типу правової системи сформувалася та будується на принципах римського приватного права.

Дослідження інститутів сімейного права сучасних європейських країн неможливе без урахування історичних витоків, а саме норм, принципів, правових конструкцій, запозичених з римського права.

Завдяки історико-правовому дослідженню закономірностей регулювання подружнього життя у Давньому Римі можна простежити основні аспекти формування та удосконалення принципів інституту шлюбу, закріплених у законодавчих актах сучасних європейських країн континентального типу правової системи, до яких також належить і Україна.

Дослідженню шлюбно-сімейного права Давнього Риму приділена значна увага вітчизняних та зарубіжних вчених-романістів. Поряд із аналізом проблем історичного розвитку інститутів римського приватного права значна увага приділена регулюванню шлюбно-сімейних відносин у працях знаних учених: Дж. Франчозі, О. С. Йоффе, О. А. Омельченка, К. Лоського, А. А. Підопригори та ін.

Шлюбні відносини в Давньому Римі регулювалися не довільно, а ґрунтувались та узгоджувались певними принципами, процес формування, становлення і розвитку яких заслуговує на особливу увагу.

Тож у межах названої мети перед нами постали такі завдання:

— встановити чинники, які впливали на формування принципів регулювання шлюбних відносин;

— дослідити процес розвитку та удосконалення принципів регулювання шлюбних відносин у Давньому Римі.

При висвітленні питань, що стосуються виникнення і розвитку сім'ї та шлюбу, використано праці В. М. Хвостова, Є. О. Харитонова, Р. Зома, С. Голдбергера та ін.

Методологічною основою роботи стали базові положення та висновки інтегрального підходу щодо праворозуміння і пізнання правових явищ, зокрема історичні та сучасні загальнотеоретичні знання щодо становлення та розвитку інституту шлюбу в Давньому Римі.

Слід зазначити, що в даному дослідженні термін «принцип» вживається як своєрідна система координат, що відображає становище чоловіка та дружини в шлюбі і виводиться з концепції індивідуальної свободи. Якщо точніше, то еволюція шлюбних відносин залежала від становища дружини (її підвладності, свободи розлучення, майнової самостійності і т. п.) [1].

Вченими-романістами встановлено, що сім'я в Давньому Римі з'явилася всередині роду внаслідок приватизації колективного майна. У відомостях про римлян, що дійшли до наших часів, йдеться вже про патріархальний лад,

який міцно утвердився на основі моногамного шлюбу [2].

Метою моногамії стало народження дітей, походження яких від батька не піддавалося б сумніву. Ця беззаперечність походження була необхідною для того, щоб діти як прямі спадкоємці одержали у власність майно батька. Тож, можна стверджувати, що в основі моногамної сім'ї лежали не природні, а економічні умови. Панування чоловіка в сім'ї та народження дітей — такою була виняткова мета одношлюбності, з іншого боку, шлюб розглядався як обов'язок перед богами, предками, державою [3; 4].

Принцип моногамного шлюбу забезпечувався такою умовою вступу в шлюб, як неперебування в іншому неприпиненому шлюбі. Жодних перешкод для вступу в другий шлюб, після припинення попереднього, римське право не передбачало. Однак вдова мала дотримуватись жалобного року та не вступати в другий шлюб раніше спливу 10-місячного строку після смерті чоловіка (*tempus lugendi*). Метою такого обмеження був не лише прояв поваги до померлого, а й уникнення можливих сумнівів при встановленні батьківства. Адже сформульована римлянами презумпція батьківства батьком дитини визнавала чоловіка її матері. Якщо вдова в цей період все ж виходила заміж, то ризикувала бути підданою суспільному осуду [5].

Отже, принцип моногамності шлюбу полягав у стійкості та постійності відносин між чоловіком і жінкою та зародився внаслідок суспільного розвитку, а саме розкладу родового ладу, утворення приватної власності, однак аж ніяк не в якості заснованого на згоді союзу між чоловіком і жінкою.

В архаїчний (царський) період розвитку Риму (753—509 рр. до н. е.), з'явилися положення, які регламентували шлюбно-сімейні відносини, суть яких спрощено можна звести до двох принципів: жорсткої статеві-вікової субординації (полягав у тому, що всі члени сім'ї підпорядковувалися домовладці (*paterfamilias*) однаковою мірою і були під його владою абсолютно безправними) та відсутності індивідуальної виборності на всіх стадіях сімейного циклу (полягав у

домінуючому статусі домовладки, який був «органом», що слідкував за дотриманням суворих традицій римської сім'ї, в його руках були зосереджені економічні ресурси, він приймав основні рішення, відповідно до чого сімейні ролі жорстко закріплені).

Для цього найдавнішого періоду римської історії був характерним шлюб, у якому дружина підпорядковувалась владі чоловіка (*cum manu mariti*).

Слід наголосити, що звичний перекилад *cum manu*, як «під владою чоловіка» не завжди відповідає цьому змісту. Наприклад, якщо чоловік перебував під владою *paterfamilias*, то і його дружина опинялась під владою домовладки, а не свого чоловіка.

Шлюб у цей період розглядався суто як фактичні відносини, що розвивались поза вузькою сферою права. Зокрема такий тип шлюбу, як *confarreatio*, відзначався особливою формальністю та складним ритуалом, що мав яскраво виражене релігійне забарвлення. Він здійснювався у присутності десяти свідків, які були представниками десяти курій, за участю жерців. При цьому здійснювалися сакральні обряди, які супроводжувалися проголошенням різних формул і жертвопринесенням. Серед цих обрядів основне місце посідало посвячення і куштування молодими ритуального хліба. Цей шлюб був нерозривний і дружина ставала «спільницею чоловіка у всьому добрі та святинях» [6].

Вкрай рідко патріархальний шлюб встановлювався шляхом символічної (іноді реальної) купівлі-продажу (*coemptio*). Традиційно вважають, що «продавцем» був батько або опікун нареченої, а сама жінка — лише пасивним об'єктом угоди. Однак деякі історики права звертають увагу на те, що в давньоримських джерелах жінка згадується як така, що «вчиняє коемпцію» (*facit coemptionem*). А роль її батька порівнюють з роллю опікуна невідвладної жінки, яка може «вчиняти *coemptio*» у власних (не батька чи опікуна) інтересах. У пізньоримській літературі також згадується *coemptio*, але вже як обряд взаємної купівлі один одного — чоловіком та дружиною. Тож, *coemptio* у Давньому Римі



розглядали як спосіб переходу під владу домовладки шляхом купівлі-продажу, з метою встановлення влади (манципації) над жінкою. Однак при укладенні шлюбу шляхом *coemptio* жінка набувала не статусу рабині, а статусу доньки, внаслідок чого отримувала майнові «права доньки» [7].

Втім генетично пов'язаний з традиційним уявленням про шлюб був спосіб переходу жінки під владу чоловіка, шляхом *usus*, внаслідок якого дружина (*nupta*) переходила в сім'ю чоловіка на правах доньки після безперервного протягом року спільного проживання з чоловіком. Дружина могла перешкодити встановленню *manus*, перервавши плин терміну давності, покинувши дім чоловіка на три ночі (*usurpatio trinotio*). Таким чином, зароджується новий елемент шлюбу — свобода вибору жінки вступати в шлюб *cum manu mariti* чи ні.

У випадку коли жінка вступала в шлюб *cum manu*, її правосуб'єктність повністю поглиналась правосуб'єктністю чоловіка. Зокрема чоловік міг продати її в рабство, мав право пред'являти вимогу до будь-якої третьої особи про повернення дружини за тими самими правилами, що передбачали повернення майна, яке опинилося в чужому незаконному володінні.

Щодо майнових відносин подружжя, то єдиним суб'єктом майнових прав був чоловік. Йому належало не лише майно, набуто в шлюбі, а й майно дружини, набуто нею до шлюбу [8].

Архаїчні уявлення римлян про шлюб знаходимо також у праці грецького історика I ст. до н. е. Діонісія «Римські стародавності», в якій викладено історію Риму у період із стародавніх часів до Першої Пунічної війни (264 р. до н. е. — 241 р. до н. е.). У праці наведено значну частину приписів першого легендарного царя Риму — Ромула, що стосувались сімейного життя, зокрема: покарання невістки за нешанобливе ставлення до батька чоловіка; встановлення становища жінки як господині дому і спадкоємиці після смерті чоловіка поряд із дітьми; заборона дружині залишати чоловіка й заборона чоловіку продавати дружину під загрозою принесення тако-

го чоловіка в жертву підземним богам та ін. [9].

У вищезгаданій праці Діонісій розкриває суперечливе становище дружини у Римі. Зокрема чоловік мав у власності дружину так само, як і майно; разом з тим, мудра та у всьому слухняна дружина була господинею дому поряд із чоловіком. Крім того, право спадкування дружини, яка спадкувала у рівних частках з дітьми, полягало в тому, що після смерті чоловіка дружина ставала його спадкоємицею, як донька після батька. У випадку, якщо чоловік помирав бездітним та не залишав заповіту, дружина ставала господинею всього залишеного ним майна.

Деякі вчені у своїх дослідженнях також звертають увагу на стародавні формули, в яких наречені зображені стоячи один проти одного, як партнери шлюбного союзу. Це знайома римська формула: «*Ubi tu Gains, ego Gala*» («Якщо ти Гай, то я Гала») [10].

З огляду на викладене, патріархальна влада чоловіка над дружиною не була вихідною точкою розвитку шлюбних відносин. Принцип «партнерства» подружжя виражався також у триваючому зв'язку жінки з батьківською сім'єю навіть після переходу під владу чоловіка. Зв'язок з сім'єю батька полягав, наприклад, у праві спільно карати дружину, яка провинилася.

Парадоксально, що саме становище дітей під владою батька стало основою для визначення статусу дружини. Доречно пригадати, що саме підвладне становище «дитини» разом з тим позначало приналежність до батьківського дому. Оскільки дружина, виходячи заміж, втрачала зв'язок з власною сім'єю, тому «статус доньки», який вона набувала внаслідок укладення шлюбу *cum manu*, став в архаїчну епоху єдиним способом вираження уявлення про спорідненість чоловіка та жінки [11].

Очевидно, що альтернативою штучному «статусу доньки» у сім'ї чоловіка могло бути збереження за жінкою її природного становища доньки у батьківському домі.

Так, уже у Законах XII таблиць (V ст. до н. е.) згадувався шлюб без переходу

дружини під владу чоловіка (*sine manu*). Ймовірно, що укладення такого шлюбу переслідувало зазначені вище цілі.

В період Республіки (509—530 рр. до н. е.) держава утвердила свої позиції при регулюванні деяких питань сімейного життя.

Юристи Давнього Риму зосередили увагу на «людському» (а не на «божественному») праві, що відображено у Інституціях Юстиніана, де зазначено, що в шлюб вступають римські громадяни, які відповідають встановленим законом вимогам.

Тож легітимність шлюбу визначалась дотриманням установлених законом умов, які стосувалися особистих властивостей і статусу осіб, котрі мали намір укласти шлюб. Як наслідок виділяються такі принципи інституту шлюбу, як досягнення шлюбного віку (*pubertas*) та відсутність споріднення (*connubium*) [12].

Із легітимацією шлюбного зв'язку також тісно пов'язана правова категорія «згоди» як елемента двосторонньої угоди (*contractus bilateralis*). Якщо в шлюб вступали особи, що перебували під владою свого домовладки (*persona alieni iuris*), то, крім їх згоди, потрібна була ще згода батьків наречених [13].

В період розвитку імператорського законодавства (30 р. до н. е. — 476 р. н. е.) домінуючою формою і джерелом права став закон. Внаслідок пристосування старих дефініцій до нових правових умов деформації зазнало багато інститутів класичного права. Разом із тим, оновлюється розуміння принципів та інститутів приватного права [14].

Оскільки шлюб *cum manu* повністю зник у другій половині класичного періоду (17 р. до н. е. — 284 р. н. е.), то дружина, за загальним правилом, залишалася членом батьківської сім'ї. Дружина, яка не перебувала під владою чоловіка, швидше була його рівноправним партнером, хоч головою сім'ї залишався чоловік. А вже в посткласичний період (284—476 рр. н. е.) шлюб розглядається як наслідок добровільного волевиявлення чоловіка та жінки [15].

Згода на шлюб виражала *affectio maritalis* — рішення поєднати життя, та була пов'язана з вимогою *honor mari-*

*talis* — поважати один одного. Юридичного характеру шлюбу надавала саме ця моральна сторона «згоди» у поєднанні з *ius connubii* — правом на шлюб. Формальною стороною шлюбу була попередня домовленість, яка не мала значення для його укладення.

Враховуючи вищенаведене, становлення принципу добровільності шлюбу тісно пов'язане з порушенням єдності староримської патріархальної родини та утвердження форми подружнього союзу без переходу під владу чоловіка (*sine manu*).

Щодо принципу рівності подружжя, який зародився в шлюбі *cum manu*, саме в шлюбі *sine manu* цей принцип значно розвинувся.

Зокрема дружина набувала ім'я чоловіка, поділяла його громадянське становище (*dignitas*), мала спільне з чоловіком місце проживання, чоловік повинен був її утримувати, представляти і захищати в суді (проте в разі незгоди між подружжям остаточне рішення було за чоловіком). Подружжя зобов'язувалось до взаємної вірності, порушення якої давало достатні підстави для розлучення (крім того, зрада дружини була кримінально караним злочином).

Принцип взаємно поважати та любити один одного юридично проявлявся в забороні подружжю пред'являти одне до одного інфамні позови (принижуючі честь), а також у забороні свідчити один проти одного. Крім того, чоловік був покровителем дружини, тому образа, завдана їй, була *injuria mediata* для чоловіка, яку він мав право обстоювати в суді від свого імені [16].

Разом із тим, оскільки в сім'ї *sine manu* дружина не перебувала під владою чоловіка, а була його рівноправним партнером, в основі майнових відносин подружжя лежав принцип роздільності їх майна. Майно жінки і чоловіка становило зовсім незалежні одна від одної маси.

Усе, що жінка мала до шлюбу, і те, що вона набула під час шлюбу, належало їй, було її власністю, якою вона могла розпоряджатися і користуватися, не питаючи на те згоди чоловіка.

Чоловік та дружина могли вступати в найрізноманітніші майнові відносини.

Дружина могла доручити чоловікові управління всім своїм майном. З цією метою між ними укладався договір доручення. Однак, якщо стосовно якоїсь речі між подружжям виникав спір з питання власності, то допускалася презумпція, що річ належить чоловікові, аж поки дружина не доведе протилежного [17].

У Римі було прийнято давати придане з боку дружини (*dos*) і дошлюбний подарунок з боку чоловіка (*donatio propter nuptias*).

Мотивами заборони дарування між подружжям (*donatio inter virum et uxorem*) слугувало прагнення захистити кожного з подружжя від невігідних наслідків та від неправомірної експлуатації один одного.

Очевидно, свобода розлучень розвивалася під дією тих самих факторів, що і шлюб *sine manu*.

Подружжя розлучалось як за взаємною згодою (*divortium communi consensu*), так і з односторонньої ініціативи. Тож розлучення з ініціативи дружини стало визнаватися нормою.

Однак одностороннє розлучення мало мати вагомі підстави (*divortium bona gratia*), наприклад, вступ до монастиря, зрада, посягання одного з подружжя на життя іншого.

У свою чергу, двоєженство розглядалось як злочин (*stuprum*), який вважався скоєним незалежно від того, чи відбувся *coitus*, і карався смертю як для дружини, так і для чоловіка.

Отже, еволюція принципів регулювання шлюбних відносин у Давньому

Римі тісно пов'язана з правовим становищем дружини та не була пов'язана з безпосередньою ціллю укладення шлюбу, а саме — народженням дітей.

Можна зробити **висновок про істотний прогрес у розвитку принципів регулювання шлюбних відносин у Давньому Римі. Насамперед, в особистих немайнових відносинах спостерігається утвердження принципу рівності подружжя у своїх правах і обов'язках та утвердження принципу поваги до особи; регулювання майнових відносин подружжя на основі принципу роздільності їх майна.**

У ході історичного розвитку інституту шлюбу виділились його суттєві ознаки: спільність проживання; вільне волевиявлення сторін; наявність шлюбного віку; відсутність близького споріднення та іншого не припиненого шлюбу; свобода розірвання шлюбу та введення провини в базу розлучення та в основу його наслідків.

Принципи регулювання шлюбно-сімейних відносин зародились у Давньому Римі, вдосконалювались в процесі рецепції римського приватного права та поступово стали важливими елементами інституту шлюбу в країнах континентального права.

Дослідження та відпрацювання єдиних принципів і підходів до впорядкування шлюбно-сімейних відносин сприятиме зближенню та правовій уніфікації національних законів та доктринальної згуртованості систем права європейських держав та України.

#### ПРИМІТКИ

1. Культура Древнього Рима: в 2 т. / отв. ред. Е. С. Голубцова. — М. : Наука, 1985. — Т. 2. — С. 238.
2. Орач Є. М. Основи римського приватного права : навч. посіб. / Є. М. Орач, Б. Й. Тищик. — Л. : Ред.-вид. відділ Львів. ун-ту, 2000. — С. 60—61.
3. Дроніков В. К. Римське приватне право / В. К. Дроніков. — К., 1961. — С. 53.
4. Sohm R. Instytucje, historja i system rzymskiego prawa prywatnego. Cz. 3:Pravo familijne i spadkowe / R. Sohm. Warszawa : «Biblioteka Polska», 1925. — S. 453.
5. Підпригора О. А. Основи римського приватного права : підруч. для студ. юрид. вузів і фак. / О. А. Підпригора. — К. : Вентурі, 1997. — С. 92.
6. Иоффе О. С. Основы римского гражданского права / О. С. Иоффе, В. А. Мусин. — Л., 1974. — С. 243.
7. Культура Древнього Рима : в 2 т. / отв. ред. Е. С. Голубцова. — М. : Наука, 1985. — Т. 2. — С. 65.

8. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. — Минск : Харвест, 2002. — С. 38—39, 43—44.
9. Цивільне право України (традиції та новації) : монографія / авт. кол. ; за заг. ред. Є. О. Харитонова, Т. С. Ківалова, О. І. Харитонові. — О. : Фенікс, 2010. — С. 249—250.
10. Франчози Дж. Институционный курс римского права / Дж. Франчози ; пер. с итал. — М. : Статут, 2004. — С. 142—144.
11. Nunez Paz M. I. Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma / Acta Salmanticensia. — Spanish Edition, 1988. — P. 24.
12. Підпригора О. А. Зазнач. праця. — С. 167.
13. Культура Древнего Рима : в 2 т. / отв. ред. Е. С. Голубцова. — М. : Наука, 1985. — С. 139.
14. Goldberger Stanislaw. Prawo rzymskie / Stanislaw Goldberger. — Lwow : Biblioteczka Filomaty, 1934. — Nr. 9. — S. 22.
15. Nunez Paz M. I. Зазнач. праця. — P. 29.
16. Хвостов В. М. История римского права / В. М. Хвостов. — 7-е изд. — М. : Моск. науч. изд-во, 1919. — С. 356—358.
17. Орач Є. М. Зазнач. праця. — С. 68—71.

---

**Балко Олеся. Принципы правового регулирования брачных отношений в Древнем Риме.**

*В статье на базе анализа закономерностей правового регулирования супружеской жизни в Древнем Риме исследован процесс становления и развития принципов регулирования брачных отношений, их совершенствования в процессе рецепции римского права и место в правовых системах стран континентального типа.*

**Ключевые слова:** моногамность брака, принцип «партнерства» супругов, договорная концепция брака, раздельность имущества супругов.

**Balko Olesia. Principles of legal regulation of marriage relationships in Ancient Rome.**  
*Based on analysis of relations between husband and wife the article examines patterns and development of regulating married life in Ancient Rome, their improvement during the reception of Roman private law and place in the legal systems of continental type.*

**Key words:** monohamnist marriage, the principle of «partnership» of marriage, negotiated concept of marriage, the resolution of family property.

УДК 342.41

**Олеся Нікольська,**

кандидат юридичних наук,

старший викладач кафедри конституційного і міжнародного права  
Донецького національного університету

## КОНКРЕТИЗАЦІЯ НОРМ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЯК НЕОБХІДНА ПЕРЕДУМОВА ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ

*У статті аналізуються ознаки конкретизації норм Конституції України та на підставі такого аналізу формулюється визначення цього поняття. Досліджуються критерії, яким повинні відповідати нормативні акти, що конкретизують конституційні положення, а також пропонуються шляхи підвищення якості таких актів.*

**Ключові слова:** Конституція України, конкретизація, тлумачення, застосування, закон, конституційний контроль.

Конституція України закріплює загальні засади суспільного і державного ладу, встановлює основні права, свободи і обов'язки людини і громадянина, засади організації та функціонування основних елементів політичної системи суспільства, закріплює унітарний устрій держави, а також систему державної влади і місцевого самоврядування. Немає практично такої сфери суспільних відносин, в якій не виявився б регулюючий вплив конституційних норм. Часто норми Конституції України досить важко реалізувати, якщо вони не конкретизовані у поточному законодавстві. Вона тільки виконує роль Основного Закону, становлячи фундамент, на якому підіймається вся будова українського законодавства. Вірно зауважується в юридичній літературі, що Конституція не може і не повинна підміняти галузеве законодавство [1; 2].

Конкретизація конституційних норм є об'єктивною необхідністю, оскільки без неї складно реалізувати і, зокрема, застосувати конституційні норми до конкретних життєвих ситуацій. Така необхідність обумовлена: по-перше, абстрактністю конституційних норм; по-друге, тим, що деякі норми Основного Закону прямо передбачають їх розвиток у поточному законодавстві або з них випливає необхідність такого розвитку.

Питанню правової конкретизації конституційних положень приділяли увагу такі вчені: О. Белкін, Б. Венгеров, Б. Еб-

зев, О. Кутафін, В. Лучін, О. Оніщенко, В. Скомороха, Ю. Тодика та ін. Однак на теперішній час не достатньо дослідженим залишається поняття конкретизації конституційних норм, наукового осмислення потребують критерії, яким повинні відповідати нормативні акти, що конкретизують конституційні положення, а також заходи щодо підвищення якості останніх.

Мета статті — сформулювати визначення поняття конкретизації норм Конституції України, виокремити критерії, яким повинні відповідати нормативні акти, що конкретизують конституційні положення, а також запропонувати заходи щодо підвищення якості таких актів.

Для визначення поняття конкретизації норм Конституції України необхідно проаналізувати його ознаки. До таких ознак, по-перше, належить те, що конкретизація — це об'єктивна необхідність. Тут слід погодитися з думкою, що конкретизація є важливою гарантією реалізації конституційних норм. При цьому сенс конкретизації конституційно-правових норм полягає в тому, щоб сприяти реалізації норми через прийняття норм більш конкретного характеру [3]. Також слушно підкреслюється в юридичній літературі, що конкретизація — необхідний процес, пов'язаний з розвитком конституційних норм. Це означає, що окремі елементи конституційних норм отримують свій розвиток у правових приписах інших нормативно-правових актів [4].

По-друге, слід зазначити, що конкретизація конституційних норм — це не тільки процес розвитку норм Конституції України у поточному законодавстві. Це й процес взаємопроникнення норм Основного Закону України та норм інших галузей права. Конституційні норми визначають зміст галузевих норм, іноді коригуючи їх у процесі правозастосування. Слушною є точка зору, що правозастосувач зобов'язаний надавати галузевим нормам конституційний сенс. Отже, конституційні норми поряд з нормами галузевими здійснюють регулюючий вплив на конкретні суспільні відносини. Таким чином, здійснюється конституціоналізація права, що надає йому більш високу соціальну цінність [5]. Досить точно підкреслюється в юридичній літературі, що розвиток Конституції проявляється в тому, що норми інших актів узгоджуються в істотних рисах з конституційними нормами, збагачують їх конкретними ознаками та забезпечують їх застосування до конкретних обставин [6].

По-третє, конкретизація здійснюється уповноваженими органами та посадовими особами. Таким органом виступає, перш за все, Верховна Рада України, яка згідно зі ст. 75 Конституції України є єдиним органом законодавчої влади. Конкретизація на підзаконному рівні здійснюється Президентом України, Кабінетом Міністрів України та іншими уповноваженими суб'єктами.

По-четверте, результати конкретизації фіксуються у визначеній законодавством України формі та є загальнообов'язковими. Зокрема такою формою виступають закони, укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України та інші нормативно-правові акти.

Поняття конкретизації досить часто використовують синонімічно поряд з поняттями тлумачення і застосування. Однак ці поняття не є тотожними, їх слід відмежовувати.

Так, в юридичній літературі зустрічається точка зору, що конкретизація є видом тлумачення [7] або навпаки тлумачення розглядається як вид чи засіб конкретизації [8; 9]. Спільним у тлумаченні конституційних норм та їх конкретизації є те, що вони об'єктивно необхід-

ні для однакової та ефективної реалізації норм Конституції України. Однак ці поняття слід розглядати як самостійні. По-перше, вони характеризуються різною метою. Метою тлумачення є розкриття змісту норми, який був вкладений законодавцем, та не передбачає перетворень змісту норми. Конкретизація ж передбачає певну переробку змісту норми. Вона, на відміну від тлумачення, привносить до змісту норми дещо нове, що не суперечить її смислу. По-друге, різними є і результати. Вірно зазначає Ю. Л. Власов, що сутність конкретизації полягає у виданні правоположення, яке не виходить за межі змісту правової норми, але містить у собі новий елемент деталізації регулювання суспільних відносин, що не виражений у цій нормі [10]. Наприклад, п. 9 ст. 106 Конституції України закріплює, що Президент України призначає, за згодою Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України. Однак процедура призначення Прем'єр-міністра розкривається у ст. 8 Закону України «Про Кабінет Міністрів України». При тлумаченні лише з'ясовуються частини змісту правової норми, але нових елементів правового регулювання не встановлюється. Таким чином, результатом конкретизації є відносно нові правила поведінки. В результаті тлумачення виводяться певні правила розуміння змісту тієї чи іншої конституційної норми.

Необхідно також розмежовувати поняття конкретизації конституційних норм та їх застосування. В результаті застосування норм Конституції України відбувається конкретизація дії конституційних норм. Її необхідність закладена у самій суті правового регулювання, а саме у впливі конституційних норм, що носять загальний характер, на учасників конкретних суспільних відносин. Конкретизацію дії конституційної норми, що застосовується, не можна розглядати як конкретизацію самої норми Конституції України. Конкретизація конституційної норми — це функція правотворчості, а не правозастосування. При правотворчості досягається конкретизація, уточнення норми Конституції України. В результаті застосування зміст конституційної норми не змінюється. Відбу-

вається лише уточнення сфери дії норми (відносини, суб'єкти, об'єкти), визначаються конкретні суб'єктивні права та юридичні обов'язки, тобто досягається конкретизація дії конституційної норми.

Розмежування понять правозастосування та конкретизації має істотне значення, оскільки їх змішування дає підстави окремим правознавцям розглядати правозастосовувачів як суб'єктів правотворчості. Так, П. М. Рабінович та Г. Г. Шмельова розглядають роз'яснення Пленумів Верховного Суду як нормативні правоконкретизуючі положення. Останні, на їх думку, ідентичні конкретизуючим юридичним нормам, що створюються в процесі правотворчості [11]. Аналогічну думку підтримує О. Бирик, який вважає Пленуми Верховного Суду нормативними правовими актами. Він, зокрема, зазначає, що конкретизація загальних норм закону в положеннях керівних роз'яснень — це є процес правотворчості, спрямований на поглиблення загального змісту норми права на основі внесення нових елементів у правове регулювання відповідних суспільних відносин, який має підзаконний характер [12].

Тут слід погодитися з думкою В. Ковальського та І. Козінцева, що Конституція не передбачає прийняття судами нормативно-правових актів, тому постанови Пленуму Верховного Суду України віднесені до актів нормативного тлумачення [13]. Постанови Пленуму Верховного Суду України є специфічним видом постанов, які містять роз'яснення законодавства, принципів рекомендації, приймаються з метою правильного й однакового застосування законодавства на практиці [14].

Більшість норм Основного Закону України конкретизується в нормах законів і підзаконних нормативно-правових актів [15]. Це обумовлює необхідність визначити критерії, яким повинні відповідати такі акти.

Аналіз Конституції України та Закону України «Про Конституційний Суд України» дозволяє виокремити такі критерії, яким повинні відповідати нормативні акти, що конкретизують конституційні положення:

1) ст. 8 Конституції України закріп-

лює, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України та повинні відповідати їй. Для законів та інших нормативно-правових актів, що розвивають конституційні положення, важливо базуватися на принципах та спрямовуватися на досягнення цілей, що закріплені в Конституції України;

2) використання при прийнятті відповідного нормативного акта лише тих понять та термінів, які передбачені Конституцією України;

3) недопущення обмеження прав і свобод людини і громадянина при прийнятті нормативних актів. Конституція України закріплює, що конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані; при прийнятті законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22);

4) прийняття нормативного акта компетентним органом. У нормотворчій практиці зустрічаються випадки, коли певний закон делегує законодавчі функції іншому органу влади, що є неконституційним. Прикладом тут можуть слугувати підпункти 3.5, 3.6 п. 3 ст. 3 «Прикінцеві положення» Закону України «Про Митний тариф України» від 05.04.2001 р., за якими Кабінет Міністрів України мав право зменшувати (скасовувати) розмір тимчасової надбавки до діючих ставок ввізного мита шляхом видання постанови, а також приймає рішення про продовження процедури запровадження, змін та скасування тимчасової надбавки до діючих ставок ввізного мита на деякі товари. Конституційний Суд України в своєму Рішенні від 23.06.2009 р. № 15-рп/2009 визнав такі положення Закону неконституційними та зазначив, що відповідно до конституційних положень право встановлювати (скасовувати) загальнодержавні податки і збори (обов'язкові платежі), включаючи ввізне мито та розмір тимчасової надбавки до діючих ставок ввізного мита, належить до законодавчих повноважень Верховної Ради України. Суд підкреслив, що делегування законодавчої функції парламентом іншому органу влади порушує вимоги Основного Закону України [16];

5) форма нормативно-правового акта повинна відповідати вимогам Конституції України. Стаття 92 Конституції України закріплює, які питання визначаються та встановлюються виключно законами України. Однак така конституційна вимога не завжди виконується. На це звертав увагу Конституційний Суд України в своєму рішенні від 01.04.2008 р. № 14-рп/2008 (справа про Регламент Верховної Ради України), яким визнав такою, що не відповідає Конституції України, постанову Верховної Ради України «Про Регламент Верховної Ради України» від 16.03.2006 р. Конституційний Суд України дійшов висновку, що Регламент, який унормовує організацію і діяльність Верховної Ради України, має прийматися виключно як закон України і за встановленою Конституцією України процедурою його розгляду, ухвалення і набрання чинності. В цьому ж рішенні Конституційний Суд України зазначив, що у ч. 1 ст. 92 Основного Закону України закріплений принцип пріоритету (верховенства) закону в системі інших нормативно-правових актів, за допомогою якого здійснюється правове регулювання найважливіших суспільних відносин. Перелік питань, що мають регулюватися виключно законами України, передбачений цією нормою, має імперативний характер, а це означає, що всі рішення щодо них повинні прийматися у формі закону [17]. Слід зазначити, що наразі прийнятий Закон України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10.02.2010 р.;

6) дотримання процедури прийняття та набрання чинності нормативним актом, що передбачена Конституцією України. В юридичній літературі підкреслюється, що до проблемних питань у сфері захисту конституційної законності треба віднести порушення встановленої Основним Законом України процедури розгляду та ухвалення правових актів або набрання ними чинності [18]. Так, із цих підстав Конституційний Суд України визнав неконституційними декілька законів України, зокрема «Про внесення змін до деяких законів України щодо повноважень Конституційного Суду України, особливостей провадження у справах за конституційними зверненнями та не-

допущення зловживань правом на конституційне подання» (Рішення від 07.07.2009 р. № 17-рп/2009); «Про внесення змін до деяких законів України щодо мінімізації впливу фінансової кризи на розвиток вітчизняної промисловості» (Рішення від 14.07.2009 р. № 18-рп/2009); «Про тимчасові слідчі комісії, спеціальну тимчасову слідчу комісію і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України» (Рішення від 10.09.2009 р. № 20-рп/2009) та ін.

Ці закони були прийняті Верховною Радою України з подоланням вето глави держави, тож вони мали б містити дати їх повторного прийняття (у тому числі дату першого прийняття закону) і підпис Голови Верховної Ради України, який є свідченням того, що зміст закону відповідає прийнятому парламентом. Якщо Президент України не підписав такий закон, він повинен бути невідкладно офіційно оприлюднений Головою Верховної Ради України й опублікований за його підписом. Наявність такого підпису під текстом закону є обов'язковою.

Для забезпечення якості законодавства України доцільним уявляється введення обов'язкового попереднього конституційного контролю. Завдяки такому виду конституційного контролю можливо розв'язати конституційно-правові питання ще на ранніх стадіях законодавчого процесу. Вірно підкреслюється в науковій літературі, що, здійснюючи такий контроль, Конституційний Суд України як реагував би на прямі порушення Конституції України при прийнятті законів, так і вказував би парламенту на необхідність вжиття заходів для усунення певних розбіжностей в законодавчих актах або прогалин у правовому регулюванні [19]. Такий вид конституційного контролю стимулює стабільність законодавства, оскільки усуває проблему скасування маси підзаконних нормативних актів при наступному визнанні закону таким, що не відповідає Конституції України.

Однак в юридичній літературі слухно зауважується, що невеликим обов'язкового попереднього конституційного контролю є велике навантаження на суддів, що може призвести до формалізму або блокування роботи органів влади [20].



Тут слід звернутися до досвіду зарубіжних країн, у конституційному законодавстві яких передбачений попередній конституційний контроль. Так, Конституційний Суд Республіки Білорусь згідно з Декретом Президента Республіки Білорусь від 26.06.2008 р. № 14 «О некоторых мерах по совершенствованию деятельности Конституционного Суда Республики Беларусь» здійснює обов'язковий попередній контроль конституційності всіх законів [21]. Подібним чином попередній конституційний контроль закріплений у Конституції Республіки Казахстан. Так, у п. 2 ч. 1 ст. 72 вказаної Конституції передбачено, що Конституційна Рада Республіки Казахстан розглядає до підписання Президентом прийняті Парламентом закони на відповідність Конституції Республіки [22]. Такий вид контролю дійсно може призводити до перенавантаження органу конституційного контролю.

Цікавим є досвід Франції. Стаття 61 Конституції Французької Республіки закріплює, що органічні закони до їх промудрації, законопроекти, вказані у ст. 11 (це законопроекти щодо організації публічної влади, реформ в економічній, «соціальной та екологічній» політиці нації і публічних служб, які мають відношення до цієї політики, або законопроект, що дозволяє ратифікацію будь-якого міжнародного договору, який не суперечить Конституції, але може позначитись на функціонуванні державних інститутів. — Авт.), до того, як вони будуть передані на референдум, та регламенти палат Парламенту до їх застосування мають бути надані Конституційній раді, яка виносить рішення про їх відповідність Конституції [23]. Розгляд в обов'язковому порядку тільки чітко визначеного кола законів дозволяє уникнути перенавантаження органу конституційного контролю.

Слід зазначити, що досить довгий час попередній конституційний контроль був єдиною можливістю у Франції. Конституційним законом від 23.07.2008 р. «Про реконструкцію інститутів П'ятої Республіки» включена нова стаття 61<sup>1</sup>, яка дозволяє Конституційній Раді розглядати справи при порушенні прав і свобод, однак тільки за запитом Касацій-

ного Суду та Державної Ради [24]. Таким чином, на сучасному етапі у Франції поєднуються обов'язковий попередній контроль з факультативним наступним.

Такий досвід уявляється корисним для України. Зокрема доцільним уявляється поєднання обов'язкового попереднього контролю законів, прийняття яких прямо передбачено Конституцією України, з факультативним наступним контролем законів та інших правових актів. Вірно підкреслюють Ю. Тодика і О. Марцеляк, що поєднання попереднього і наступного конституційного контролю створило б міцний заслін будь-яким порушенням прав і свобод громадян [25].

*Проведений аналіз дозволяє зробити такі висновки:*

— конкретизація конституційних норм — це необхідний процес їх розвитку, що характеризується взаємопроникненням Конституції України та інших нормативних актів, який здійснюється уповноваженими на те органами або посадовими особами, результати якого фіксуються у визначеній законодавством України форма та є загальнообов'язковими;

— до критеріїв, яким повинні відповідати нормативні акти, що конкретизують конституційні положення, слід віднести: відповідність Конституції України; використання лише тих понять та термінів, що передбачені Конституцією України; недопущення обмеження прав і свобод людини і громадянина при прийнятті нормативно-правових актів; прийняття нормативного акта компетентним органом; вибір форми акта, яка відповідає вимогам Конституції України; дотримання процедури прийняття та набрання чинності нормативним актом, що передбачено Конституцією України;

— для забезпечення якості законодавства України доцільним уявляється поєднання обов'язкового попереднього контролю законів, прийняття яких прямо передбачено Конституцією України, з факультативним наступним контролем законів та інших правових актів.

*Наукове осмислення конкретизації норм Конституції України як необхідної передумови їх застосування сприятиме ефективному впровадженню норм Основного Закону України у життя.*

## ПРИМІТКИ

1. Скомороха В. Проблеми понятійного апарату в дослідженні питань теорії і практики конституційної юрисдикції / В. Скомороха // Вісник Конституційного Суду України. — 2003. — № 4. — С. 23.
2. Эбзеев Б. С. Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд : учеб. пособ. для вузов / Б. С. Эбзеев. — М. : Закон и право, ЮНИТИ, 1997. — С. 82.
3. Кутафин О. Е. Предмет конституционного права / О. Е. Кутафин. — М. : Юристъ, 2001. — С. 132.
4. Венгеров А. Б. О применении конституционных норм судебными органами СССР / А. Б. Венгеров // Советское государство и право. — 1969. — № 10. — С. 42—51.
5. Гаджиев Г. А. Конституционность норм гражданского права (теоретические основы решений Конституционного Суда Российской Федерации) / Г. А. Гаджиев // Российский юридический журнал. — 1997. — № 3. — С. 3—4.
6. Белкин А. А. К соотношению Конституции и государственно-правовых актов: Производственное нормотворчество / А. А. Белкин // Правоведение. — 1985. — № 5. — С. 4.
7. Черданцев А. Ф. Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. — М. : Юрид. лит., 1979. — С. 12.
8. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М. : Юрид. лит., 1960. — С. 489—493.
9. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1981. — Т. 1. — 1981. — С. 344, 352, 355.
10. Власов Ю. Л. Проблеми тлумачення норм права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політ. і прав. учень» / Ю. Л. Власов. — К., 2000. — С. 13.
11. Рабинович П. М. Конкретизация правовых норм (общетеоретические проблемы) / П. М. Рабинович, Г. Г. Шмелева // Правоведение. — 1985. — № 6. — С. 38—39.
12. Бибик О. Н. Источники уголовного права Российской Федерации / О. Н. Бибик. — СПб., 2006. — С. 140—141.
13. Ковальський В. С. Правотворчість: теоретичні та логічні засади / В. С. Ковальський, І. П. Козінцев. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — С. 30.
14. Козяр В. Поняття, ознаки та вимоги до якості постанов Пленуму Верховного Суду України / В. Козяр // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 12. — С. 118—121.
15. Оніщенко О. В. Конституція України як основне джерело конституційного права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.02 «Конституційне право» / О. В. Оніщенко. — К., 2005. — С. 11—12.
16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) підпунктів 3.5, 3.6 пункту 3 статті 3 «Прикінцеві положення» Закону України «Про Митний тариф України», абзацу восьмої частини другої статті 9 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» (справа про тимчасову надбавку до діючих ставок ввізного мита) від 23.06.2009 р. № 15-рп/2009 // Вісник Конституційного Суду України. — 2009. — № 4. — С. 56.
17. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин другої, третьої, четвертої статті 21 Регламенту Верховної Ради України (справа про Регламент Верховної Ради України) // Офіційний вісник України. — 2008. — № 28. — Ст. 904.
18. Стрижак А. Конституційний Суд України як інститут забезпечення та захисту конституційної законності / А. Стрижак // Вісник Конституційного Суду України. — 2010. — № 1. — С. 102—110.
19. Тодика Ю. Конституційний Суд України в механізмі забезпечення основних прав і свобод громадян / Ю. Тодика, О. Марцеляк // Вісник Академії правових наук. — 1997. — № 4 (11). — С. 33.
20. Зизда О. Професіоналізм на страже Конституції / О. Зизда, Е. Ткаченко / Юридическая практика. — 2005. — № 11 (377). — С. 11—15.
21. Декрет Президента Республики Беларусь от 26 июня 2008 г. № 14 «О некоторых мерах по совершенствованию деятельности Конституционного Суда Республики Беларусь» [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http:// www.kc.gov.by](http://www.kc.gov.by).

22. Конституция Республики Казахстан [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.constcouncil.kz>.

23. Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия : учеб. пособ. / сост., пер., авт. вступ. ст. В. В. Маклаков. — 6-е изд., перераб. и доп. — М. : Волтерс Клувер, 2009. — С. 98.

24. Там само. — С. 72—73.

25. Тодика Ю. Конституційний Суд України в механізмі забезпечення основних прав і свобод громадян / Ю. Тодика, О. Марцеляк // Вісник Академії правових наук. — 1997. — № 4 (11). — С. 33.

---

**Никольская Олеся. Конкретизация норм Конституции Украины как необходимое условие их применения.**

*В статье анализируются признаки конкретизации норм Конституции Украины, и на основании такого анализа формулируется определение этого понятия. Исследуются критерии, которым должны соответствовать акты, которые конкретизируют конституционные положения, а также предлагаются способы повышения качества таких актов.*

**Ключевые слова:** Конституция Украины, конкретизация, толкование, применение, закон, конституционный контроль.

**Nikolskaya Olesya. Concretize of norms of the Constitution of Ukraine as a necessary condition of their application.**

*In article attributes of a concrete definition of norms of the Constitution of Ukraine are analyzed, and on the basis of such analysis, definition of this concept is formulated. Criteria to which there should correspond acts which concretize the constitutional positions are investigated, and also ways of improvement of quality of such acts are offered.*

**Key words:** the Constitution of Ukraine, a concrete definition, interpretation, application, the law, the constitutional control.

УДК 342.565.2

**Михайло Смокович,**  
кандидат юридичних наук

## КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИБОРЧИХ ПРОЦЕСІВ

*У статті, присвяченій дослідженню проблем конституційного контролю правового регулювання виборчих процесів, здійснено аналіз наукових поглядів, законодавства і судової практики з цього питання, доведено значимість та необхідність такого контролю та визначено шляхи його удосконалення.*

**Ключові слова:** вибори, виборче право, виборчий процес, конституційний контроль, правове регулювання, удосконалення законодавства.

Згідно з положеннями ст. 124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції [1]. Суд, здійснюючи правосуддя, забезпечує захист гарантованих Конституцією та законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави, у тому числі й виборчих прав громадян України, суб'єктів виборчого процесу та інших його учасників.

Підкреслюючи роль судової влади у контролі за виборами, необхідно зазначити, що судовий контроль є найбільш ефективним засобом, оскільки, на наш погляд, важливим у забезпеченні реалізації виборчого права громадян на будь-яких виборах є судовий захист цього природного права.

Метою цієї статті є дослідження питань судового контролю виборчого законодавства щодо його відповідності Конституції України та визначення можливих шляхів удосконалення контролю за правовим урегулюванням виборчих процесів.

Цією проблематикою займалися провідні українські науковці К. А. Бабенко, Ю. Г. Барабаш, С. В. Кальченко, Ю. Б. Ключковський, М. І. Козюбра, О. Л. Копиленко, О. М. Пасенюк, В. Г. Перепелюк, М. І. Ставнійчук, А. А. Стрижак, В. І. Шишкін та інші. Однак аналіз та комплексне дослідження всіх рішень Конституційного Суду

України щодо відповідності виборчого законодавства Конституції України проведено вперше.

Конституційний Суд України (далі — КСУ) посідає чільне місце серед найважливіших інституцій правової держави, де діє принцип верховенства права та є органічна потреба в безумовному додержанні Конституції України. На думку Ю. Б. Ключковського, діяльність КСУ є одним із найбільш ефективних засобів гарантування та захисту прав та свобод громадян України, як це передбачено статтями 3, 21—24, 64 Конституції України [2]. Запровадження інституту судового конституційного контролю стало кроком на шляху становлення конституційної законності, підвищення правової культури, розвитку демократичних засад нашого суспільства. З появою цього органу громадяни та юридичні особи одержали додаткову конституційну гарантію у захисті своїх прав і свобод [3]. На цей суд покладено обов'язок позбавляти юридичної сили закони, які мають антиконституційний характер.

Не є виключенням наділення та забезпечення такого захисту суб'єктів виборчих відносин та суб'єктів виборчих процесів щодо виборів, які проходять в Україні.

Згідно з п. 20 ч. 1 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються організація і порядок проведення виборів [4]. М. І. Козюбра зазначав, що такий підхід до визначення форми регулювання інституту виборів (окрім засад, установлених Конституцією) є цілком обґрунтованим. Він обумовлений як надзвичайною важливістю

самого предмета регулювання, так і властивостями, зокрема юридичними, закону як нормативного акта [5]. Виборче право разом з іншими правами людини та демократія в широкому її розумінні не можуть бути забезпечені без законодавчих гарантій [6].

Поряд із цим, проблемним є законодавче регулювання виборів як форми волевиявлення, яке часто зазнає змін, не всі з яких відповідають Основному Закону. У зв'язку з цим особливої актуальності набувають рішення КСУ щодо визнання відповідності Конституції України положень виборчого законодавства та офіційного тлумачення його положень.

Судовий контроль за виборчими процесами Конституційним Судом України є досить ефективним, оскільки основною його спрямованістю є забезпечення виборчих прав громадян, у тому числі й забезпечення народовладдя в Україні. Такий контроль проявляється у перевірці законодавчих актів, які регулюють виборчий процес, на відповідність їх Конституції України. Особливо це стосується новоприйнятих Верховною Радою України (далі — ВРУ) виборчих законів.

Зрозуміло, що удосконалення виборчого законодавства покладається лише на ВРУ. Разом із цим, тягар виправлення помилок законодавця та їх усунення у разі невідповідності Конституції України є основним завданням Конституційного Суду України, який зобов'язаний такі недосконалості виборчого законодавства усувати шляхом визнання їх неконституційними, чим забезпечувати правове регулювання виборчих процедур, що відповідає Конституції України. Із часу започаткування конституційного судочинства в Україні КСУ розглянуто чотирнадцять справ, у яких порушувалося питання про відповідність Конституції України окремих положень законів та інших правових актів, які регламентують проведення відповідних виборів та виборчих процесів.

Уперше необхідність звернення до КСУ виникла у 1998 р. з приводу відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України», прийнятого ВРУ 24.09.1997 р., та про офіційне тлумачення частин 11 та 13 ст. 42 цього Закону щодо встановлення результатів виборів у багатомандатному загальнодержавному окрузі.

Примітно, що необхідність роз'яснень Конституційного Суду України виникає фактично напередодні або під час виборчих процесів. Про це свідчить хронологія ухвалення рішень Конституційним Судом України.

Наприклад, у 2009 р. КСУ ухвалив 2 рішення щодо положень Закону України «Про вибори Президента України». З приводу положень Закону України «Про вибори народних депутатів» 2 рішення ухвалено у 1998 р., по 1 — у 2002, 2003 рр. та 2 — у 2012 р. Щодо місцевих виборів 1 рішення ухвалено у 1998 р., 2 — у 2003 р. та по одному — у 2008, 2009 рр.

Багато уваги в рішеннях КСУ приділено загальним принципам виборчої системи та додатковим принципам виборчого процесу, установленим у кожному з базових виборчих законів України.

Найвагомішим для визначення основних засад виборів стало Рішення Конституційного Суду України від 26.02.1998 р. № 1-рп/98 у справі за конституційними поданнями народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про вибори народних депутатів України) (далі — Рішення № 1-рп/98) [7].

Так, у Рішенні № 1-рп/98, на противагу другому реченню ч. 4 ст. 1 Закону України від 24.09.1997 р. «Про вибори народних депутатів України», зі змінами і доповненнями, внесеними законами України від 11, 25 та 30.12.1997 р., відповідно до якої вважалось, що виборці, які не брали участі у голосуванні на виборах, підтримують результати волевиявлення тих виборців, які взяли участь у голосуванні на виборах, КСУ зазначив, що це положення Закону не є визначенням народного волевиявлення, як і волевиявлення окремих громадян, виходячи з того, що виборці повинні здійснити його на виборах особисто.

Чимало положень цього Рішення стосовно розуміння основоположних принципів, що становлять конституційну основу правового регулювання виборчого процесу, знайшли своє відображення у Рішенні КСУ від 04.04.2012 р. № 7-рп/2012 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 2

ст. 22 Закону України «Про вибори народних депутатів України» стосовно рівномірного віднесення закордонних виборчих дільниць до всіх одномандатних виборчих округів, які утворюються на території столиці України — м. Києва.

У цьому Рішенні КСУ нагадав свою позицію щодо розуміння принципу рівного виборчого права, який забезпечується не тільки рівними для всіх громадян засадами участі у виборах та наявністю у них рівної кількості голосів, а й юридично рівним впливом цих голосів на результати виборів (абз. 1 п. 13 мотивувальної частини Рішення № 1-рп/98), щодо обов'язку держави створити рівні умови для реалізації активного та пасивного виборчого права на всіх стадіях виборчого процесу, а також рівні можливості для їх захисту в порядку, передбаченому законом (абз. 1 п. 10 мотивувальної частини Рішення № 1-рп/98).

Рішенням № 1-рп/98 визнано неконституційними ряд положень Закону України «Про вибори народних депутатів України», якими обмежувалося здійснення виборчих прав громадянами України, зокрема особам, які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі, — на час перебування в цих місцях (друге речення ч. 4 ст. 3 цього Закону України «Про вибори народних депутатів України»). Свою позицію суд конституційної юрисдикції аргументував тим, що виборче право, про яке йдеться, — це конституційне право громадян обирати народних депутатів України і їхнє конституційне право бути обраними народними депутатами України. Відповідно до ч. 2 ст. 70 Конституції України не мають права голосу (тобто права обирати) лише громадяни, яких визнано судом недієздатними. Тому положення ч. 4 ст. 3 Закону, згідно з яким здійснення виборчого права зупиняється для осіб, які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі, — на час перебування в цих місцях, не відповідає ст. 70 Конституції України.

Цим Рішенням суд унеможливив припинення виконання службових повноважень на період виборчої кампанії кандидатів у депутати (військовослужбовців Збройних Сил, Національної гвардії, Прикордонних військ, Управління державної охорони, військ Цивільної оборони, Служби безпеки України, інших утворених відповідно до законів України

військових формувань, крім тих осіб, які проходять строкову військову або альтернативну (невійськову) службу, осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ України, суддів і прокурорів, а також державних службовців) (ч. 7 ст. 3 Закону України «Про вибори народних депутатів України»).

Свою позицію КСУ обґрунтував так: «Оскільки вибори народних депутатів України є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права (ч. 1 ст. 38, ч. 1 ст. 71, ст. 76 Конституції України), увільнення кандидата у народні депутати України на період виборчої кампанії від виконання обов'язків за місцем роботи є його правом, а не обов'язком.

У своїх рішеннях КСУ неодноразово звертав увагу на те, що у праві бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, як і в інших конституційних правах і свободах, громадяни є рівними.

Рішенням № 1-рп/98 КСУ не допустив порушення цього принципу під час порядку висування і реєстрації кандидатів у народні депутати України. Порушення рівного виборчого права КСУ вбачає у тому, що за одного й того самого кандидата в народні депутати України, якому Закон надає можливість одночасно балотуватися у двох виборчих округах, виборці мають голосувати двічі.

Закон не забезпечує рівних правових можливостей у здійсненні громадянами України виборчого права на стадії висування кандидатів у народні депутати України відповідними осередками політичних партій, виборчих блоків партій, які звільнені від збору підписів виборців на підтримку особи, яка висувається цими осередками кандидатом у народні депутати України в одномандатних виборчих округах.

Закон також не забезпечує рівних правових можливостей у виборах народних депутатів України тим, що обмежує участь у них, зокрема в одномандатних виборчих округах, політичних партій, які не зареєстрували списки кандидатів у народні депутати України в Центральній виборчій комісії в багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі, позбавляючи такі партії права висувати своїх кандидатів у народні депутати України в одномандатних виборчих округах.

Багато уваги в рішеннях Конституційного Суду України приділено забезпеченню виборчих прав громадян у судовому порядку.

У Рішенні № 1-рп/98 визнано неконституційними положення щодо оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій за умови, «якщо інший порядок оскарження не встановлено законом» (ч. 1 ст. 15 Закону); щодо незабезпеченості права громадян на оскарження до суду дій чи бездіяльності посадових і службових осіб дільничних, окружних та Центральної виборчих комісій (частини 1, 3, 5 ст. 15 Закону); щодо унеможливлення оскарження до суду рішення окружної виборчої комісії про визнання народного депутата України обраним та визнання виборів недійсними (частини 6 і 8 ст. 43 Закону). Позиція Суду полягала в тому, що відповідно до ч. 2 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Конституція України, таким чином, надає громадянам право безпосередньо звертатися до суду із скаргою на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. У цьому відношенні не може бути будь-яких винятків щодо здійснення громадянами України конституційного права безпосередньо звертатися до суду зі скаргами на рішення, дії чи бездіяльність дільничних, окружних та Центральної виборчих комісій, їх посадових і службових осіб (п. 9 мотивувальної частини).

У Рішенні КСУ від 03.07.2003 р. № 13-рп/2003 у справі за конституційним зверненням громадянина Діяка Івана Васильовича та конституційним поданням 49 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення ч. 6 ст. 29 Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про строки оскарження порушень під час підрахунку голосів та встановлення результатів голосування) визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення четвертого речення ч. 6 ст. 29 Закону України «Про вибори народних депутатів України», згідно з яким скарга щодо порушень, які мали місце під час підрахунку голосів та встановлення результатів

голосування в роботі дільничної виборчої комісії, може бути подана до окружної виборчої комісії або до суду протягом двох днів після дня виборів, а в роботі окружної виборчої комісії — до Центральної виборчої комісії або до суду — протягом п'яти днів після дня виборів, у частині, що унеможливорює оскарження вчинених по закінченні двох та п'яти днів після дня виборів порушень у роботі відповідно дільничної або окружної виборчої комісії під час підрахунку голосів та встановлення результатів голосування.

При цьому КСУ наголосив, що положення четвертого речення ч. 6 ст. 29 Закону про вибори позбавляє виборців, політичні партії (виборчі блоки партій), кандидатів у народні депутати України права на оскарження в суді та відповідній виборчій комісії порушень, які можуть мати місце в роботі дільничної або окружної виборчої комісії під час підрахунку голосів та встановлення результатів голосування у тому разі, коли цей процес тривав відповідно більше двох та п'яти днів після дня виборів. Тим самим це положення порушує закріплену Конституцією України гарантію здійснення прав та свобод людини і громадянина — право на їх судовий захист (частини 1, 2 ст. 55), яке не може бути обмежене (ст. 64), а також право кожного на індивідуальні чи колективні письмові звернення до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових і службових осіб (ст. 40).

Рішення КСУ є обов'язковими до виконання на території України, у тому числі, на наш погляд, його висновки повинні враховуватися Верховною Радою України під час прийняття нових виборчих законів. Зокрема, на думку Ю. Кириченко, правові позиції, які єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні сформулював як обґрунтування свого рішення про неконституційність правової норми, повинні принаймні враховуватися органами державної влади під час своєї подальшої правотворчої діяльності [8].

Однак в окремих випадках законодавча практика складається по-іншому.

Так, Рішенням Конституційного Суду України від 05.04.2012 р. № 8-рп/2012 (справа № 1-15/2012 про висування кандидатів у народні депутати України за змішаною виборчою системою) визнано та-

кими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), ч. 5 ст. 52, абз. 2 ч. 10 ст. 98, ч. 3 ст. 99 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 17.11.2011 р. № 4061-VI [9]. Положеннями зазначених норм цього Закону було дозволено включати до виборчого списку кандидатів у народні депутати України одну і ту саму особу в загальнодержавному багатомандатному і одномандатному виборчих округах. Визнаючи ці норми неконституційними, КСУ виходив з того, що аналогічне ч. 5 ст. 52 Закону положення містилося у ч. 3 ст. 20 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 24.09.1997 р., яке Рішенням № 1-рп/98 Конституційний Суд України визнав неконституційним [10].

Синтез згаданого Рішення КСУ свідчить про те, що Верховна Рада України, приймаючи Закон України від 17.11.2011 р. № 4061-VI «Про вибори народних депутатів України», перенесла в нього приписи, які містилися в Законі України «Про вибори народних депутатів України» від 24.09.1997 р. та визнані неконституційними Рішенням № 1-рп/98.

Аналізуючи зазначені рішення КСУ, не просто зрозуміти логіку законодавця, який під час прийняття нового виборчого Закону повторює помилки чотирнадцятирічної давності при тому, що норми Конституції України не змінювалися та є висновки КСУ про неконституційність відповідних законодавчих приписів, які були перенесені в новий Закон, чим законодавець повернувся до «старого» правового врегулювання виборчих процедур, яке не відповідає Конституції України. На наш погляд, під час прийняття нових законів, у тому числі й виборчих, законодавець зобов'язаний урахувати висновки КСУ щодо неконституційності відповідних законодавчих положень, які не можуть бути використані в новому законодавстві.

Отже, КСУ своїми рішеннями забезпечує відповідне правове врегулювання зазначених відносин та приводить їх у відповідність до норм Конституції України. У цьому разі КСУ визнанням норм неконституційними не робить правового висновку щодо не врегулювання відносин, а, навпаки, визнанням неконституційними норм виключає їх, усуваючи колізію між конституційними нормами та вищезгаданими законодавчими нор-

мами, які визнані неконституційними, та розвіює сумніви щодо конституційності таких норм у суб'єктів правозастосування виборчого законодавства. Тобто, за такими висновками, КСУ фактично є державним органом, який врегульовує відповідні правовідносини: приводить їх у відповідність до норм Конституції України.

Водночас в окремих випадках КСУ, на наш погляд, шляхом визнання норм неконституційними створює правовий вакуум щодо врегулювання певних відносин, а тому без прийняття відповідного закону такі відносини є неврегульованими. Однак у цьому разі наслідки прийняття такого рішення не ставляться у вину КСУ, який обмежений предметом спору та немає повноважень шляхом законотворення врегулювати відповідні відносини. Навпаки, виявлення КСУ подібного та створення відповідного вакууму має бути поштовхом для ВРУ щодо негайного прийняття відповідного законодавчого акта для врегулювання таких відносин та заповнення вакууму шляхом прийняття відповідного законодавчого акта, але з обов'язковим урахуванням попередніх висновків Конституційного Суду України.

Зокрема Рішенням Конституційного Суду України від 04.04.2012 р. № 7-рп/2012 (справа № 1-17/2012 щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 2 ст. 22 Закону України «Про вибори народних депутатів України» стосовно рівномірного віднесення закордонних виборчих дільниць до всіх одномандатних виборчих округів, які утворюються на території столиці України — м. Києва) визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення «з рівномірним віднесенням до всіх одномандатних округів, які утворюються на території столиці України — міста Києва» ч. 2 ст. 22 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 17.11.2011 р. № 4061-VI [11].

Частиною 2 ст. 22 цього Закону встановлено, що закордонні виборчі дільниці утворюються Центральною виборчою комісією при закордонних дипломатичних установах України, у військових частинах (формуваннях), дислокованих за межами України, з рівномірним віднесенням до всіх одномандатних округів, які



утворюються на території столиці України — м. Києва.

Визнаючи неконституційними положення «з рівномірним віднесенням до всіх одномандатних округів, які утворюються на території столиці України — міста Києва» зазначеної норми, КСУ виходив з такого.

Рівномірне віднесення згідно з ч. 2 ст. 22 Закону закордонних виборчих дільниць до всіх одномандатних виборчих округів, утворених на території столиці України — м. Києва, не забезпечує рівного і вільного виборчого права виборцям, які проживають або перебувають за межами України і які за існуючою пропорційно-мажоритарною виборчою системою реалізують таке право лише за пропорційною складовою змішаної виборчої системи.

Також положення Закону щодо рівномірного віднесення закордонних виборчих дільниць до всіх одномандатних виборчих округів на території столиці України — м. Києва не забезпечують рівних правових можливостей кандидатів у народні депутати України, які балотуватимуться в одномандатних виборчих округах у м. Києві, щодо реалізації їх права бути обраними народними депутатами України, оскільки обмежуються можливості таких кандидатів формувати вільне волевиявлення виборців, які проживають або перебувають за кордоном.

Крім того, рівномірне віднесення закордонних виборчих дільниць до всіх одномандатних округів, які утворюються на території столиці України — м. Києва з урахуванням кількості виборців у м. Києві, зумовлює значне збільшення кількості виборців, які не пов'язані з територіальною громадою м. Києва. Отже, застосування положень Закону, за якими виборці, які проживають або перебувають за кордоном, голосують за кандидатів у народні депутати України в одномандатних виборчих округах, що утворюються в столиці України — м. Києві, не забезпечує відображення волевиявлення тих виборців, які проживають на території міста Києва [12].

На наш погляд, КСУ, захищаючи активні та пасивні права одних виборців, таким рішенням позбавив активного права громадян України, які проживають або перебувають за кордоном, щодо голосування в одномандатних виборчих округах, тобто створив правовий вакуум

неврегульованих відносин. У цьому разі законодавець повинен виправити таке правове явище шляхом прийняття відповідних законодавчих приписів, які б урегулювали ці відносини. Щодо вирішення по суті виниклої проблеми, то вважаємо, що єдиним правильним вирішенням такого питання є створення на законодавчому рівні закордонних одномандатних виборчих округів.

З цього приводу Ю. Б. Ключковський зробив висновок, що КСУ створив нову позитивну норму, згідно з якою виборці за кордоном «реалізують таке право лише за пропорційною складовою змішаної виборчої системи», норму, відсутню досі в українському виборчому праві [13].

На нашу думку, процедура усунення такого правового явища є неврегульованою. Вважаємо, що в такому разі законодавець негайно повинен прийняти відповідний закон для заповнення правового вакууму, тобто така процедура повинна бути передбачена на законодавчому рівні.

Аналіз судової практики КСУ з розгляду справ щодо тлумачення та перевірки на відповідність Конституції України актів виборчого законодавства свідчить про те, що такі спори зазвичай виникали перед або в період виборчих процесів, яким передувало прийняття ВРУ нового виборчого акта.

Зокрема, напередодні виборів народних депутатів України та депутатів місцевих рад, які відбулися 29.03.1998 р., КСУ ухвалив Рішення від 26.02.1998 р. № 1-рп/98 (справа про вибори народних депутатів України), яке ми вже аналізували, Рішення від 25.03.1998 р. № 3-рп/98 (справа про тлумачення Закону України «Про вибори народних депутатів України»), Рішення від 27.03.1998 р. № 5-рп/98 (справа про вибори в містах Києві та Севастополі).

Як уже зазначалося, серед цих рішень найбільш визначальним є саме рішення КСУ у справі про вибори народних депутатів України, оскільки у цій справі КСУ перевіряв на відповідність Конституції України Закон України від 24.09.1997 р. «Про вибори народних депутатів України». Рішенням у вказаній справі було визнано конституційними положення цього Закону, якими було введено голосування за змішаною (мажоритарно-пропорційною) системою. Такий висновок суду остаточно зламав кон-

сервативне бачення окремих державо-будівників лише щодо голосування за мажоритарною виборчою системою, яка вже не задовольняла українське суспільство, оскільки це є питанням політичної доцільності. Також конституційними були визнані положення щодо встановлення чотиривідсоткового бар'єра голосів виборців для отримання права на участь у розподілі депутатських мандатів політичними партіями. Це були новели виборчого законодавства України, які проклали новий шлях українському суспільству до здійснення виборчого права щодо обрання до органів управління державою, здійснення народовладдя в Україні, а також поклали відповідальність за належне державне управління та державотворення на обрані політичні сили [14].

Цим Рішенням КСУ підтвердив роль судового контролю у виборчих процесах та його вагомість у правовому врегулюванні виборчих процесів та приведення їх у відповідність до конституційних норм, оскільки були захищені виборчі права громадян України, право на захист виборчих прав громадян у судовому порядку, приведено у відповідність до Конституції України порядок висування і реєстрації кандидатів у народні депутати України та проведення передвиборної агітації тощо.

Разом із цим КСУ зазначив, що це Рішення не поширюється на правовідносини, що виникли на підставі положень Закону України «Про вибори народних депутатів України», визнаних неконституційними, відповідно до яких були врегульовані порядок висування і реєстрації кандидатів у народні депутати України та проведення передвиборної агітації (п. 9 Рішення). Таким висновком КСУ фактично залишив легітимним правове становище щодо висування і реєстрації кандидатів у народні депутати України та проведення передвиборної агітації, яке було до прийняття цього Рішення, хоча юридично це правове становище не відповідало Конституції України. Тобто КСУ до такого висновку дійшов тому, що виборчий процес уже тривав, і в протилежному разі його необхідно було розпочинати заново. Водночас таким висновком КСУ вказав, що виборчий процес розпочався в неконституційний спосіб.

На наш погляд, висновком щодо непо-

ширення Рішення на правовідносини, які виникли раніше, КСУ фактично «прикриває» неконституційність проведення виборчих процедур на певних етапах виборчого процесу, тобто робить їх легітимними, чим не відновлює права виборців та суб'єктів виборчого процесу, які були порушені до прийняття Рішення Конституційним Судом України. Тому в такому судовому захисті втрачається сенс, оскільки визначальним у ньому є обов'язкове відновлення порушених прав.

У подібній ситуації Конституційний суд Російської Федерації відмовився розглядати питання про конституційність виборчих процедур після того, як виборча кампанія вже розпочалася, але розглянув це питання через три роки, коли зникли обставини, які цьому перешкоджали [15]. Ми підтримуємо таку позицію цього суду, оскільки на стадії виборчого процесу змінювати правила виборчих процедур є неприпустимим і таким, що спричиняє порушення принципу стабільності виборчого законодавства, який належить до європейських принципів проведення виборів.

З цього приводу суддя КСУ М. Д. Савенко в окремій думці зазначив таке: «... Встановлення обмежувального строку в один рік щодо внесення змін і доповнень до чинних законів, що регулюють порядок виборів до конституційних органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також прийняття нових законів з цих питань, забезпечить можливість належного конституційного контролю щодо конституційності норм, якими вносяться зміни та доповнення, чи нового закону, і виключить можливість проведення будь-яких виборів на підставі можливих неконституційних положень відповідного закону» [16].

Вважаємо, що запровадження у виборчих законах колишніх законодавчих приписів, за якими прийняття, внесення змін і доповнень до виборчого закону допускається не раніше як за рік до проведення відповідних виборів, слугуватиме забезпеченню принципу стабільності у виборчих перегонах.

Водночас, урахувавши спектр перевірки правового врегулювання виборів, КСУ вперше було приведено виборче законодавство у відповідність із Конституцією України, хоча із запізненням, оскільки виборчий процес уже тривав. Однак, не-

зважаючи на це, таким Рішенням КСУ було доведено суспільству те, що правила у виборчих процедурах повинні встановлюватися ВРУ відповідно до Конституції України.

Не менш значущим є Рішення Конституційного Суду України від 19.10.2009 р. № 26-рп/2009 у справі № 1-50/2009 за конституційним поданням Президента України та 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України «Про вибори Президента України», «Про Державний реєстр виборців», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України» та Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України) (справа про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України) [17]. Значимість цього Рішення полягає в тому, що КСУ в цій справі перевіряв відповідність Конституції України декількох виборчих законів, зокрема щодо правового врегулювання норм стосовно виборів Президента України, до яких також віднесено Кодекс адміністративного судочинства України. Спектр перевірки був також досить широким: починаючи з питань захисту виборчого (пасивного і активного) права, процедури проведення виборів, предмета та строків оскарження діяльності виборчих комісій, забезпечення позову у виборчому адміністративному спорі та закінчуючи питанням реєстру виборців.

Так, визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ч. 6 ст. 99 Закону України «Про вибори Президента України» від 05.03.1999 р. № 474-XIV, зі змінами. Щодо цього положення КСУ зазначив, що ч. 6 ст. 99 цього Закону, згідно з якою суд залишає позови щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів виборчого процесу після закінчення визначених для цього строків без розгляду, є такою, що обмежує закріплену Конституцією України гарантію здійснення прав і свобод людини і громадянина, — право на їх судовий захист (частини 1, 2 ст. 55), яке гарантується (ч. 2 ст. 22) і не може бути обмежене (ст. 64), а його зміст та обсяг не можуть бути звужені (ч. 3 ст. 22).

Цим Рішенням визнано такими, що

не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення п. 4 ч. 1 ст. 109, другого речення ч. 4 ст. 172 КАС України, ч. 4 ст. 99 Закону від 05.03.1999 р. № 474-XIV «Про вибори Президента України», ч. 6 ст. 117, ч. 12 ст. 176 КАС України.

Ухвалюючи таке рішення, КСУ виходив із того, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, а отже, і на правовідносини, які мали місце в процесі складання протоколів щодо встановлення підсумків голосування у межах територіального виборчого округу під час проведення виборів Президента України, а також протоколів про підрахунок голосів виборців на виборчій дільниці.

Зміни, внесені законодавцем до оспорюваних положень Закону України «Про вибори Президента України» та КАС України щодо заборони суду здійснювати забезпечення позову у спорах, які стосуються призначення, підготовки і проведення виборів, звузили зміст права громадян на судовий захист.

Неможливість поновлення у виборчих правах через швидкоплинний виборчий процес без заходів забезпечення позову втрачає будь-який сенс звернення до суду з цих питань. Тому принцип верховенства права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність.

Отже, КСУ здійснює судовий контроль за виборчими процесами в Україні шляхом приведення виборчого законодавства у відповідність до Конституції України, тобто забезпечення правового врегулювання виборчих процесів, яке є конституційним, чим забезпечує наявність одного з основних стержнів конституційного ладу — народовладдя в Україні — через призму участі громадян у конституційних виборах до органів державної влади та місцевого самоврядування.

*Отже, рішеннями КСУ зроблено значний внесок у розуміння правового регулювання основних засад виборів та виборчих процедур, що слугувало та слугує дотриманню і реалізації виборчих прав громадян України. Однак для забезпечення стабільності у виборчих процесах необхідно, вважаємо, у виборчому законодавстві та процедурі конституційного контролю за цим законодавством на законодавчому рівні закріпити таке:*

1) запровадити у виборчих законах приписи, за якими прийняття, внесення змін і доповнень до виборчого закону допускається не раніше як за рік до проведення відповідних виборів. Виняток може бути лише в разі створення після розгляду справи КСУ правового вакууму щодо врегулювання виборчих відносин.

Раніше подібну норму містив Закон України від 06.03.1997 р. «Про вибори народних депутатів України», однак законодавець не переніс її до нового Закону.

Встановлення обмежувального строку в один рік щодо внесення змін і доповнень до чинних законів, що регулюють порядок виборів до конституційних органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також прийняття нових законів з цих питань забезпечить можливість належного конституційного контролю щодо конституційності норм, якими вносяться зміни та доповнення, чи нового закону, і виключить можливість проведення будь-яких виборів на підставі можливих неконституційних положень відповідно до закону;

2) у разі створення правового вакууму Конституційним Судом України піс-

ля визнання положень виборчого закону неконституційними таке правове явище є обов'язком Верховної Ради України у встановлений строк заповнити цей вакуум відповідними законодавчими нормами, але з обов'язковим урахуванням висновків КСУ, даних у Рішенні, яким був створений цей вакуум;

3) правове врегулювання процедури розгляду справ Конституційним Судом України щодо виборчого законодавства повинно мати особливості, за якими такі справи КСУ повинен розглядати невідкладно. Варто заборонити розгляд таких справ у період виборчих процесів. Строки розгляду та строки подання конституційних звернень у таких справах мають бути обмежені й визнані такими, що не підлягають поновленню.

Запропоновані механізми щодо судового контролю за правовим врегулюванням виборчих процесів, на наш погляд, будуть свідчити про дотримання принципу гласності та відкритості виборчих процесів, передбачуваності правил проведення виборів та поведінки суб'єктів виборчого процесу, що, у свою чергу, буде свідчити про легітимацію влади в Україні, її демократичний розвиток.

#### ПРИМІТКИ

1. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30.
2. Ключковський Ю. Б. Чи може рішення Конституційного Суду суперечити принципу верховенства права? / Ю. Б. Ключковський // Вибори та демократія. — 2012. — № 1 (31). — С. 31.
3. Конституція України у судових рішеннях / М. П. Орзіх, А. А. Єзеров, Д. С. Терлецький. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — С. 374.
4. Конституція України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30.
5. Козюбра М. І. Виборчий процес, право, правосуддя / М. І. Козюбра // Аналіз правових позицій Центральної виборчої комісії щодо застосування Закону України «Про вибори Президента України» у редакції 2004 року : зб. матер. наук.-практ. конф. — К. : ПЦ «Фоліант», 2005. — С. 15.
6. Декларація принципів міжнародного спостереження за виборами, схвалена Виконавчою Радою Асоціації організаторів виборів країн Центральної та Східної Європи (АОВЦСЕ) 31.03.2006 р. та рекомендована до підписання країнами — членами Асоціації // Вісник Центральної виборчої комісії. — 2006. — № 3 (5). — С. 98—102.
7. Рішення Конституційного Суду України від 26.02.1998 р. № 1-рп/98 у справі за конституційними поданнями народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про вибори народних депутатів України) // Офіційний вісник України. — 1998. — № 23. — С. 850.
8. Кириченко Ю. Наступний конституційний контроль за виборчим законодавством України [Електронний ресурс] / Ю. Кириченко. — Режим доступу : <http://www.pravo.org.ua/index.php/politicreformandconstitutionslaw/politicalpartieselections/504-2012-03-01-16-21-09>.
9. Рішення Конституційного Суду України від 05.04.2012 р. № 8-рп/2012 (справа про висування кандидатів у народні депутати України за змішаною виборчою системою) // Офіційний вісник України. — 2012. — № 30. — С. 1122.

10. Там само.
11. Там само.
12. Рішення Конституційного Суду України від 04.04.2012 р. № 7-рп/2012 // Офіційний вісник України. — 2012. — № 29. — С. 1077.
13. Ключковський Ю. Б. Зазнач. праця.
14. Стрижак А. А. Виборче право в Україні: історія і сучасність / А. А. Стрижак. — К. : Логос, 2012. — 448 с.
15. Там само.
16. Окрема думка судді Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 24.09.1997 р. (справа про вибори народних депутатів України) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=9056>.
17. Рішення Конституційного Суду України від 19.10.2009 р. № 26-рп/2009 у справі № 1-50/2009 за конституційним поданням Президента України та 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України «Про вибори Президента України», «Про Державний реєстр виборців», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України» та Кодексу адміністративного судочинства України (справа про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України) // Офіційний вісник України. — 2009. — № 82. — С. 2793.

**Смокович Михаил. Конституционный контроль правового урегулирования избирательных процессов.**

*В статье, посвященной исследованию проблем конституционного контроля правового урегулирования избирательных процессов, осуществлен анализ научных взглядов, законодательства и судебной практики по данному вопросу, доказана значимость и необходимость такого контроля и определены пути его усовершенствования.*

**Ключевые слова:** выборы, избирательное право, избирательный процесс, конституционный контроль, правовое урегулирование, усовершенствование законодательства.

**Smokovych Mykhailo. Constitutional control over legal adjustment of electoral disputes.**

*In the article the author surveys problems of constitutional control over legal adjustment of electoral processes, conducts analysis of researchers' opinions, legislation and court practice concerning this issue, ascertains significance and necessity of such control and defines ways of its improvement.*

**Key words:** elections, electoral law, election process, constitutional control, legal adjustment, improvement of legislation.

УДК 347.122

**Ірина Венедіктова,**

кандидат юридичних наук, доцент,

завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін

Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна

## РЕАЛІЗАЦІЯ І ЗАХИСТ ІНТЕРЕСІВ ОСІБ У РЕПРОДУКТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

*Статтю присвячено аналізу реалізації і захисту інтересів при здійсненні репродуктивних прав фізичної особи. Проаналізовано захист сукупності охоронюваних законом інтересів при штучному перериванні вагітності (аборті), при застосуванні допоміжних репродуктивних технологій, сурогатному материнстві, при здійсненні репродуктивних прав шляхом посмертних репродуктивних програм.*

**Ключові слова:** охоронюваний законом особистий немайновий інтерес, репродуктивні права, сурогатне материнство.

Охоронювані законом інтереси знаходять своє різноманітне втілення в умовах диспозитивності приватного права. Особливо це стосується сфер, близьких індивідуальному прояву життєдіяльності людини — спадковим, сімейним правовідносинам, правовідносинам зі здійснення особистих немайнових прав. Вельми актуальною з позицій захисту є реалізація охоронюваних законом інтересів при здійсненні репродуктивних прав фізичної особи. Чинне цивільне законодавство не відокремлює дані права в єдину групу, на відміну від законодавства інших постсоціалістичних країн (таких як Киргизька Республіка, Республіка Казахстан, Республіка Молдова) та вітчизняної доктрини [1]. Основна проблема при здійсненні даних прав полягає в тому, що вони зачіпають не тільки морально-етичні засади суспільства та приватні інтереси суб'єкта-носія цих прав, але також можуть стосуватися інтересів іншої фізичної особи (наприклад, іншого з подружжя, сурогатної матері тощо), а також інтересів зачатої, але народженої дитини. Усі названі інтереси потребують свого правового захисту як охоронювані законом інтереси. В науковій доктрині в тому чи іншому аспекті цього питання торкались Р. О. Стефанчук, Л. О. Красавчикова, С. В. Антонов, М. М. Малєйна, І. Я. Сенюта. Проте в даній царині залишилося багато невирішених питань.

Яскравим прикладом співвідношення таких немайнових інтересів є реалізація

жінкою правомочності щодо штучного переривання вагітності (аборту). Так, відповідно до законодавства України операція штучного переривання вагітності може бути проведена за бажанням жінки у закладах охорони здоров'я при вагітності строком не більше дванадцяти тижнів. У випадках, встановлених законодавством, штучне переривання вагітності може бути проведене при вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів. Перелік обставин, що дозволяють переривання вагітності після дванадцяти тижнів вагітності, встановлюється законодавством. До них відносять як медичні (наприклад, деякі інфекційні та паразитарні хвороби, новоутворення, хвороби ендокринної системи, розладу харчування та порушення обміну речовин тощо), так і соціальні підстави (наприклад, вік вагітної жінки менш як 15 років або більш як 45 років, вагітність внаслідок зґвалтування, настання інвалідності під час цієї вагітності). Таким чином, у разі загрози життю і здоров'ю матері саме її інтересам, а не інтересам виношуваної нею дитини віддається пріоритет. Також при терміні вагітності до 22 тижнів законодавець, вирішуючи питання про пріоритет інтересів матері і зачатої дитини, віддає перевагу праву жінки самостійно вирішувати питання про материнство, хоча і вимагає підтвердити наявність соціальних показань для штучного переривання вагітності. Відповідно, 22 тижні — це той граничний термін, після закінчення якого аборт за ба-

жанням жінки і наявності соціальних показань недопустимий. Отже, законодавець непрямим чином визначив той момент, з якого перевага віддається захисту прав майбутньої дитини. При терміні вагітності до 12 тижнів штучне переривання вагітності допускається за бажанням жінки. В цьому випадку законодавець також віддає пріоритет інтересам жінки, а не майбутньої дитини з урахуванням незначного періоду її внутрішньоутробного розвитку [2]. Слід підсумувати, що у більшості випадків конкуренція інтересів матері та зачатої, але не народженої дитини вирішується на користь першої, яка достатньо повно може реалізувати своє право на репродуктивний вибір.

Такий підхід законодавця слід вважати виправданим та таким, що загалом відповідає міжнародній практиці. Але при цьому слід звернути увагу на порушену в науковій літературі проблему щодо захисту інтересів чоловіка при штучному перериванні вагітності. Правом на штучне переривання вагітності наділена лише жінка. При цьому законодавець залишає юридично байдужою волю чоловіка щодо завершення реалізації своєї репродуктивної функції, вочевидь пов'язуючи це з тим, що здійснення абортів є тісно пов'язаним з правом жінки на здоров'я. Тому ми погоджуємось із думкою, що такий підхід носить ознаки певної дискримінації за статевою ознакою. Адже складно пояснити чоловіку, який за віком, станом здоров'я, іншими обставинами, що унеможливають подальше здійснення його репродуктивної функції, отримав шанс мати дитину, чому його воля не повинна враховуватись, коли жінка, яка виношує цю дитину, шантажує шляхом вимагання тих чи інших дій, можливістю зробити штучне переривання вагітності, яка не загрожує стану її життя чи здоров'я [3].

Ще більш гостро стоїть питання про захист інтересів фізичних осіб при застосуванні допоміжних репродуктивних технологій. Розглянемо найбільш проблемні випадки. Повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством. Сімейний кодекс України фактично легалізував сурогатне материнство

в Україні, закріпивши в частинах 2, 3 ст. 123 норму про те, що подружжя визнається батьками дитини: у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій; у разі народження дитини дружиною після перенесення в її організм ембріона людини, зачатого її чоловіком та іншою жінкою в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій. Таким чином, в Україні забезпечується пріоритет інтересів дитини та подружжя, що є генетичними батьками дитини, перед інтересом сурогатної матері. Це підтверджується також тим, що оспорювання материнства не допускається у випадках, передбачених у частинах 2, 3 ст. 123 Сімейного кодексу України.

Однак такий стан речей дещо відрізняється від європейського досвіду. Так, у країнах ЄС застосування сурогатного материнства досить обмежене. Зокрема воно є забороненою чи значно обмеженою технологією практично в усіх країнах, за винятком Великої Британії, Фінляндії та Нідерландів. Наприклад, в Італії заборонена реклама посередницьких і юридичних послуг у галузі застосування програм сурогатного материнства, підбору сурогатних матерів, виплат останнім винагороди тощо. В Ізраїлі, щоб оформити програму сурогатного материнства, потрібно отримати дозвіл спеціального комітету, який складається із соціальних працівників, лікарів і релігійних діячів [4]. Також у ч. 4 ст. 51 Сімейного кодексу Російської Федерації передбачено, що подружжя, яке дало згоду у письмовій формі на імплантацію ембріона іншій жінці в цілях його виношування, можуть бути записані батьками дитини тільки за згоди жінки, що народила дитину (сурогатної матері). Така норма покликана захищати перш за все інтереси сурогатної матері.

Разом з тим, такий підхід видається дещо спірним та справедливо критикується російською цивілістичною думкою [5]. Якщо сурогатна матір здатна мати дітей природним способом, то незрозумілим є вирішення законодавця надати їй можливість з використанням допоміжних репродуктивних технологій. Якщо сурогатна мати не здатна мати дітей природним шляхом (зазвичай в ін-

ших країнах виключено, що така жінка може бути сурогатною матір'ю), то вона має право звернутися до медичної установи для застосування до неї методу штучної інсеминації, або перенесення ембріона. У такому разі за неможливості мати дитину біологічними батьками і сурогатною матір'ю незрозуміло, чому насамперед треба захищати інтереси останньої.

Чинне цивільне законодавство України також містить положення про необхідність згоди сурогатної матері при реєстрації дитини. Так, Правила державної реєстрації актів цивільного стану в Україні в п. 11 гл. 1 розд. III містять норму, відповідно до якої у разі народження дитини жінкою, якій в організм було перенесено ембріон людини, зачатий подружжям у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, державна реєстрація народження проводиться за заявою подружжя, яке дало згоду на таке перенесення. У цьому разі одночасно з документом, що підтверджує факт народження дитини цією жінкою, подається заява про її згоду на запис подружжя батьками дитини, справжність підпису на якій має бути нотаріально посвідченою, а також довідка про генетичну спорідненість батьків (матері чи батька) з плодом.

Разом із тим, чинне цивільне законодавство не можна назвати таким, що забезпечує належне регулювання відносин сурогатного материнства. У правничій літературі часто відмічається необхідність більшого захисту інтересів генетичних батьків, причому як немайнових, пов'язаних із реалізацією права на батьківство (нерідко зустрічаються випадки шаптяжу перериванням вагітності, заподіянням шкоди дитині, розкриттям конфіденційної інформації, зволікання з оформленням необхідних документів тощо [6]), так і майнових (пов'язаних із виплатою сурогатній матері адекватної компенсації, понесення витрат на додаткове харчування, медикаментозне забезпечення, лікування тощо [7]). Відсутність належного правового регулювання відносин сурогатного материнства може привести до порушень законних інтересів також і сурогатної матері. Так, на практиці можуть виникнути небажані життєві ситуації, пов'язані з відмовою генетичних батьків забрати дити-

ну, виплатити сурогатній матері обіцяну грошову компенсацію, незабезпечення сурогатної матері належними умовами під час вагітності та пологів [8]. Вважаємо, що лише договірне регулювання явно недостатньо для вирішення вказаних та інших проблем, а тому очевидно є потреба нормативного регулювання відносин сурогатного материнства, яке б забезпечувало належний захист інтересів перш за все дитини.

Проблемним також є питання захисту інтересів при здійсненні репродуктивних прав шляхом посмертних репродуктивних програм. Так, застосування допоміжних репродуктивних технологій як методик лікування безпліддя призводить до виникнення ситуацій, коли не лише народження дитини, а й її зачаття може відбутися вже після смерті біологічних батьків. Саме таких дітей мають на увазі у літературі сьогодні, називаючи «посмертними» [9]. Посмертні репродуктивні програми, як правило, здійснюються *in vitro* з використанням криоконсервованого генетичного матеріалу одного або обох батьків, часто в комбінації з сурогатним материнством і донорством гамет. Хоча досвід застосування посмертних репродуктивних програм налічує вже кілька десятиліть, належного нормативного забезпечення дані відносини ще не отримали практично в жодній країні світу. Правові аспекти посмертної репродукції порушують, перш за все, питання інформованої згоди на здійснення посмертної репродуктивної програми, розпорядження гаметами та ембріонами після смерті одного або двох батьків, посмертного забору і використання генетичного матеріалу, а також встановлення походження і захист майнових та інших інтересів посмертних дітей [10].

Як правило, спори, пов'язані із вказаними та іншими проблемними питаннями, вирішуються в різних країнах судами *ad hoc*. У Франції в 1984 р. трапився перший прецедент щодо визначення долі гамет (справа «Parlaix проти банку сперми SECOS»). Двадцятичотирирічний чоловік перед проходженням курсу хіміотерапії здав на зберігання у кріобанк свій генетичний матеріал. Жодних розпоряджень щодо його використання на випадок смерті він не залишив. Через два роки цей чоловік помер, а його дру-



жина звернулася до банку з вимогою передати їй гамети покійного для проведення штучної інсеминації, стверджуючи, що таким був їх спільний намір із померлим чоловіком. Жінка отримала відмову. За захистом своїх прав вона звернулася до суду. Суд визначив сперму померлого як «сім'я життя», умову реалізації права людини на продовження роду та присудив передати її вдові [11]. Інший випадок було простежено в 1993 р. у США. Сорокавосьмирічний чоловік на ім'я Вільям Кейн покінчив своє життя самогубством. Незадовго до цього він помістив на зберігання до кріобанку свої гамети і залишив право розпорядження щодо них своїй співмешканці Деборі, яка, на його думку, захотіла б народити від нього дитину. Дорослі діти Вільяма від попереднього шлюбу категорично заперечували це. У 2008 р. Апеляційний суд Каліфорнії відмовив позивачці Айріс Ківернеджел у проханні використати для запліднення заморожені гамети її чоловіка. Джозеф Ківернеджел здав на зберігання до кріобанку сперму, проте зробив розпорядження знищити її на випадок його смерті [12].

Лише окремі країни мають часткове нормативне регулювання, яке, як правило, спрямоване на заборону або обмеження посмертної репродукції. Так, у Німеччині, Швеції, Канаді, Австралії посмертна репродукція заборонена. В Англії дозволена лише, якщо донор прижиттєво висловив на це чіткий намір. У Франції посмертна репродукція заборонена після судового розгляду однієї гучної справи [13]. В Україні фактично відсутні законодавчі норми, які б прямо стосувалися посмертної репродукції. Так, ні передбачена форма заяви пацієнтів щодо кріоконсервації сперми/ооцитів, ні заяви донорів щодо кріоконсервації сперми, ооцитів, ембріонів та біологічного матеріалу, отриманого з яєчка або його придатка (відповідно додатки 17, 18 до Ін-

струкції про порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій), не містять можливості передбачення застереження використання відповідних матеріалів на випадок смерті заявника (заявників).

Складним також є питання захисту інтересів дітей, народжених за допомогою посмертних репродуктивних програм після смерті одного чи обох біологічних батьків. Комплекс проблем, які при цьому виникають, є надзвичайно широким та охоплює як немайнову (визначення походження від батьків, що померли на момент зачаття та/або народження дитини; присвоєння імені; виховання), так і майнову складову (інтерес такої дитини щодо спадкування майна після смерті біологічних батьків та/або їх родичів; утримання дитини тощо). Тому необхідним є спеціальне правове наукове дослідження вказаної проблематики.

*Таким чином, підбиваючи підсумок, необхідно зазначити, що реалізація охоронюваних законом інтересів у репродуктивних правовідносинах є мультиаспектною і зачіпає індивідуальні (приватні) та публічні інтереси, морально-етичні засади суспільства та приватні інтереси суб'єкта-носія цих прав, а також можуть стосуватися інтересів іншої фізичної особи (наприклад, іншого з по-дружжя, сурогатної матері тощо), інтересів зачатої, але ненародженої дитини. Немайнові інтереси в репродуктивних правовідносинах не можуть бути чітко закріплені в законодавстві, адже мають нескінченну варіативність проявів. Проте вони потребують захисту на рівні із суб'єктивними правами, часом саме захистом досягаючи своєї реалізації. На сьогоднішній день це виконується застосуванням всього спектру засобів, що надає право, — правових принципів, дозволень, гарантій тощо за допомогою форм і способів, передбачених законодавством.*

#### ПРИМІТКИ

1. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук ; Національна академія наук України ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — Хмельницький : Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2007. — С. 525—534.

2. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имуществом прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации : дис. ... докт юрид. наук : 12.00.03 / Л. О. Красавчикова. — Екатеринбург, 1994. — С. 126.

3. Стефанчук Р. О. Зазнач. праця. — С. 360.
4. Антонов С. В. Правове регулювання застосування допоміжних репродуктивних технологій і захист прав їх учасників в Україні та за кордоном / С. В. Антонов // Управління закладом охорони здоров'я. — 2009. — № 6. — С. 17.
5. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление, защита) : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / М. Н. Малеина ; Моск. гос. юрид. академия. — М., 1997. — С. 138.
6. Антонов С. В. Зазнач. праця. — С. 16.
7. Красавчикова Л. О. Зазнач. праця. — С. 122.
8. Аблятіпова Н. А. Проблеми сурогатного материнства в Україні / Н. А. Аблятіпова // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / Одес. нац. юрид. акад. ; редкол. : С. В. Ківалов (гол. ред.) [та ін.]. — О. : Юрид. літ., 2009. — Вип. 51. — С. 167—173.
9. Рубець І. Проблеми правового регулювання посмертних репродуктивних програм / І. Рубець // Вісник Львів. ун-ту. Серія юрид. — 2011. — Вип. 54. — С. 245—252.
10. Свитнев К. Н. Правовые и этические аспекты посмертной репродукции / К. Н. Свитнев // Правовые вопросы в здравоохранении. — 2011. — № 6. — С. 34.
11. Gail A. Katz. Parlaix с. CECOS: Protecting Intent in Reproductive Technology. Harvard Journal of Law & Technology. Volume, 11 Number 3 Summer 1998 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://jolt.law.harvard.edu/articles/v11.php>.
12. The Court of Appeal of the state of California third appellate district. C055516 (Sup.Ct.No. 05PR01333) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://divorcedigestforum>.
13. Рубець І. Зазнач. праця. — С. 245—246.

***Венедиктова Ирина. Реализация и защита интересов лиц в репродуктивных правоотношениях.***

*Статья посвящена анализу реализации и защиты интересов при осуществлении репродуктивных прав физического лица. Проанализирована защита совокупности охраняемых законом интересов при искусственном прерывании беременности (аборте), при применении вспомогательных репродуктивных технологий, суррогатном материнстве, при осуществлении репродуктивных прав путем посмертных репродуктивных программ.*

***Ключевые слова:*** охраняемый законом личный неимущественный интерес, репродуктивные права, суррогатное материнство.

***Venediktova Iryna. The realization and defense personal interests in reproductive legal relations.***

*The article is devoted to the analysis of realization and defense people's reproductive interests. Analyzed the defense of plurality interests protected by law in the sphere artificial breaking a pregnancy (abortion), application auxiliary reproductive technologies, surrogate motherhood, realization reproductive rights by posthumous reproductive programs.*

***Key words:*** personal non-property interest protected by law, reproductive rights, surrogate motherhood.

УДК 347.426.42

**Андрій Гриняк,**

кандидат юридичних наук,

учений секретар НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

## ОСОБЛИВОСТІ ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ (НЕМАЙНОВОЇ) ШКОДИ В ПІДРЯДНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

*У статті визначаються законодавчі підходи до відшкодування моральної шкоди в сфері договірних підрядних відносин, аналізуються підходи щодо цього питання у національних правових системах інших держав та судова практика. Обґрунтовується можливість при порушенні підрядних договорів стягнення із боржника моральної (немайнової) шкоди.*

**Ключові слова:** підрядні договори, правопорушення, невиконання, неналежне виконання, відшкодування, моральна (немайнова) шкода.

Розпочинаючи аналіз питань, пов'язаних із відшкодуванням моральної шкоди за невиконання чи неналежне виконання підрядних договорів, насамперед слід зазначити, що питання відшкодування моральної (немайнової) шкоди завжди привертало увагу правників. У літературі під моральною (немайновою) шкодою розуміються наслідки правопорушення, які не мають економічного змісту і вартісної форми та виражаються, зокрема, у фізичному болю, душевних стражданнях, приниженні честі та гідності фізичної особи [1]. На думку В. Д. Примака, моральна шкода є юридичною формою вираження всієї сукупності шкідливих наслідків правопорушення, які виникли у немайновій сфері потерпілого [2].

Відомо, що довгий час залишалося поширеним загальне правило, за яким у разі порушення договору підряду відшкодуванню підлягала тільки матеріальна шкода. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди було можливе лише в разі деліктних зобов'язань. Не секрет, що й сьогодні зустрічаються дослідники, на думку яких, моральна шкода може бути компенсована у грошовій або іншій матеріальній формі лише у формі недоговірною зобов'язання [3]. Ряд вчених дотримуються думки, що відшкодування моральної шкоди в договірних правовідносинах може здійснюватись у випадках, що прямо передбаче-

ні законом або договором [4]. Такої самої думки, на жаль, дотримуються і практики. У доктрині цивільного права свого часу зверталась увага на можливість виключень з цього правила, а з часом — на можливість відшкодування моральної (немайнової) шкоди у випадках порушення договірних зобов'язань [5].

Частинами 1, 4, 5 ст. 23 ЦК України встановлено, що особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав; моральна шкода відшкодовується незалежно від майнової шкоди, яка підлягає відшкодуванню, та не пов'язана з розміром цього відшкодування; моральна шкода відшкодовується одноразово, якщо інше не встановлено договором або законом. Тобто законодавець дозволяє суб'єктам правовідносин на власний розсуд врегулювати порядок відшкодування моральної шкоди у договорі.

Щодо розміру відшкодування такої шкоди, то, як зазначає Т. В. Заварза, у законодавстві України відсутня заборона на врегулювання даних питань договором. Але визначити немайнові наслідки порушення прав особи до скоєння правопорушення неможливо, тому договірне врегулювання розміру відповідальності за немайнові збитки не практикується [6].

Дослідження судової практики свідчить, що при розгляді справ у суді першої або апеляційної інстанції порушен-

ня будь-яких договірних зобов'язань може стати підставою для відшкодування моральної шкоди. Немайнові збитки відшкодовуються у випадку порушення договорів позики, поставки, купівлі-продажу тощо. При цьому підставою відповідальності виступає порушення договірної зобов'язання, а моральна шкода знаходить своє вираження у стражданнях, завданих фактом недотримання порушником умов договору та необхідності звернення до суду за захистом своїх прав.

Однак касаційні суди, на жаль, дотримуються підходу, визначеного Верховним Судом України. Так, у п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.03.1995 р., у редакції від 27.02.2009 р., судам рекомендується розглядати такі спори лише у випадках, коли право на таке відшкодування прямо передбачене Конституцією України або закріплене законодавством, яке встановлює відповідальність за заподіяння моральної шкоди [7]. Зважаючи на це, суди касаційної інстанції дійшли висновків, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема відшкодування збитків та моральної шкоди. У випадку, коли відшкодування моральної шкоди не передбачене договором, укладеним сторонами, і відсутній закон, який передбачає відшкодування моральної шкоди у правовідносинах, які склалися між сторонами, то у задоволенні позову про відшкодування моральної шкоди слід відмовити [8]. До договірних правовідносин, які виникли між сторонами, не можуть бути застосовані підстави відшкодування шкоди, передбачені ст. 1167 ЦК України, яка регулює позадоговірні (деліктні) відносини [9].

Необхідно зазначити, що висловлені вище позиції як науковців, так і практиків видаються недостатньо переконливими, оскільки в цьому випадку такі самі вимоги (передбачення або законом, або договором підряду) необхідно було б висувати, керуючись п. 4 ч. 1 ст. 611 ЦК України, і до відшкодування майнової шкоди, що, безперечно, призвело б до абсурду. Таким чином, аналіз законодав-

ства і судової практики свідчить про неоднаковість поглядів як у літературі, так і на практиці щодо відшкодування моральної шкоди у випадках порушення підрядних зобов'язань. Тому це питання потребує додаткового розгляду.

Цікавим з приводу можливості компенсації моральної шкоди у договірних зобов'язаннях загалом та підрядних зокрема може бути висновок Європейського суду з прав людини у справі «Новоселецький проти України» від 22.02.2005 р. (пункти 22, 76). У цьому рішенні Європейський суд з прав людини висловив «особливе здивування» відхиленням позову національним судом про відшкодування моральної шкоди з посиланням на те, що «відшкодування моральної шкоди у житлово-правових спорах законом не передбачено». Вказане визначає умови застосування статей 23, 1167 ЦК та визнає компенсацію моральної шкоди як загальний спосіб захисту, незалежно від передбачуваності цього права у спеціальних законах [10].

Враховуючи вищевказане, розглянемо підходи щодо цього питання у національних правових системах інших держав. Зважаючи на обраний курс України на адаптацію вітчизняного законодавства до стандартів ЄС, можна стверджувати, що відшкодування моральної (немайнової) шкоди, спричиненої порушенням договорів підряду в західних державах, має певні особливості. В цілому слід зазначити, що принцип відшкодування шкоди в разі порушення або невиконання договору підряду зводиться до того, щоб поставити кредитора в таке положення, при якому він почуватиметься так, начебто договір виконано належним чином.

Заслугує на увагу досить своєрідний підхід до цього питання в англо-американському праві. Доктриною встановлюється, що англійські правознавці при відшкодуванні шкоди не проводять ніякої різниці між шкодою матеріальною і нематеріальною. За будь-яку шкоду має бути винагорода, якщо вона дійсна і серйозна, без урахування того, спричинена ця шкода неправомірними діями чи порушенням договору [11]. Розмежувавши підстави відповідальності, англійська доктрина не поставила відшкодування

моральної (немайнової) шкоди в залежність від відшкодування шкоди матеріальної і, що цікаво, не обмежила це відшкодування тільки сферою деліктів. Досить своєрідно при цьому розв'язане і не менш проблемне питання розміру відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Вказується, що, за загальним правилом, при присудженні відшкодування за майнову шкоду, суд не зобов'язаний керуватися розміром завданої шкоди: вбачаючи недобросовісного порушника, суд може накласти на нього відповідальність не тільки в кількості спричиненого, а й більше цієї кількості. Залишок, що перевищує дійсні збитки, є винагородою за моральну шкоду [12]. На нашу думку, загальний підхід англійської доктрини є слухним та таким, що міг би використовуватись при відшкодуванні моральної шкоди за невиконання чи неналежне виконання умов договорів підряду, оскільки не робить інститут моральної (немайнової) шкоди похідним, другорядним, таким, що заслуговує на увагу тільки в силу того, що його передбачає чітко окреслена законодавча або договірна норма.

Розглядаючи різні теоретичні і практичні підходи до проблеми відшкодування моральної (немайнової) шкоди в підрядних відносинах, не можна не звернути уваги на своєрідність розв'язання проблеми в країнах романо-германської системи права. Так, у французькій доктрині прослідковується відхід від нерішучості у використанні інституту моральної (немайнової) шкоди для договірної відповідальності. В сучасних умовах у судовій практиці випадки присудження моральної (немайнової) шкоди вже не такі рідкісні. Рішення за такими справами обґрунтовується судами тим, що Цивільний кодекс Франції не обмежує вимоги про відшкодування збитків у договірних відносинах тільки матеріальною шкодою. Підставою є ст. 1149 ЦК Франції, яка встановлює загальне правило про відшкодування завданої шкоди. Крім того, вважається, що немає ніяких підстав розв'язувати проблему відшкодування моральної (немайнової) шкоди залежно від того, належить ця вимога до порушення договору, чи до правопорушення (делікту) [13].

Аналогічний підхід існує й у законодавстві Швейцарії, де можливість відшкодування моральної (немайнової) шкоди передбачена в принципі для деліктних зобов'язань. У той самий час фахівці зазначають, що положення абз. 3 ст. 99 Швейцарського зобов'язального закону дозволяють поширити можливість відшкодування моральної (немайнової) шкоди і на договірні зобов'язання [14].

Окремий підхід з приводу відшкодування моральної (немайнової) шкоди існує в праві ФРН. Загальним положенням § 253 Німецького цивільного уложення встановлюється, що відшкодування моральної (немайнової) шкоди можливе тільки у випадках, прямо передбачених законом. Як видно, право ФРН у цьому питанні посідає найбільш обережну позицію. Широко допускаючи конкуренцію позовів, суди ФРН керуються правилом, відповідно до якого моральна (немайнова) шкода за порушення договірного зобов'язання може бути відшкодована лише в тому випадку, якщо у потерпілого є підстави одночасно і для деліктного позову [15]. Таким чином, ставлячи можливість відшкодування моральної (немайнової) шкоди у залежність від порушення абсолютних прав, право ФРН значно звужує рамки застосування інституту моральної (немайнової) шкоди при порушенні договірних зобов'язань, зокрема у порівнянні з французьким правом.

Отже, законодавство України, що знаходиться на етапі розвитку, вбирає можливість кількох розглянутих нами підходів. Як видно, це дещо нагадує аналогічну ситуацію в праві США, а саме в тому, що випадки, за якими закон дозволяє відшкодування моральної (немайнової) шкоди, зводяться поки що до договорів, за якими одна зі сторін повинна надати особисті послуги, пов'язані з добробутом іншої сторони, і ненадання або неналежне виконання умов таких договорів спричиняє фізичні чи моральні страждання.

На проблеми відшкодування моральної шкоди при порушенні прав споживачів у літературі неодноразово зверталась увага дослідників. Непогодження викликає зроблений В. П. Паліюком висновок, що норми статей 16, 23 ЦК України, що

закріплюють загальні положення відшкодування моральної (немайнової) шкоди як способу захисту суб'єктивних цивільних прав, мають вищу юридичну силу щодо ч. 5 ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів», яким передбачається таке право лише за наявності якої-небудь шкоди життю або здоров'ю споживача [16], оскільки при співвідношенні загальних і спеціальних норм пріоритет надається саме спеціальним нормам. Крім того, проблема відшкодування моральної шкоди за порушення підрядних договорів лежить в іншій площині, ніж ієрархія нормативно-правових актів. Адже тлумачення норм чинного законодавства України дозволяє дійти висновку про відсутність можливості відшкодування моральної шкоди у випадках, коли вона не пов'язана із завданням шкоди життю чи здоров'ю. Однак інколи сам факт порушення підрядних договорів може ставити під загрозу життя та здоров'я особи, наприклад недотримання під час проведення підричних робіт техніки безпеки. У цьому випадку відсутність законодавчого забезпечення можливості відшкодування моральної шкоди за порушення підрядних зобов'язань, що поставили під загрозу життя чи здоров'я замовника чи інших осіб, призводить до зменшення ступеня реалізації компенсаційної функції договірної відповідальності.

Не менш важливою видається проблема визначення поняття моральної шкоди при співвідношенні її із збитками. І тут неможливо не згадати про «славнозвісну» ст. 225 ГК України, у якій до складу збитків включено і компенсацію моральної шкоди. Таке положення ГК України не може викликати погодження, оскільки повністю суперечить ЦК України, який окремо розглядає поняття збитків та моральної шкоди (статті 22 та 23 ЦК відповідно), а у ст. 611 взагалі протиставляє ці поняття. Тим більше, що моральна шкода підлягає відшкодуванню незалежно від майнової і не повинно проводитись жодних аналогій із розміром відшкодування майнової шкоди. Таким чином, повністю солідаризуючись із прогнозами авторів підручника «Цивільне право України. Загальна частина» [17], слід зазначити, що застосування

положень цієї норми ГК України як спеціальної норми при вирішенні питань відповідальності суб'єктів підрядних правовідносин буде відповідно впливати на формування правозастосовчої практики. Це може призвести і уже призводить до істотних колізій у застосуванні інституту відшкодування моральної шкоди в договірному праві загалом та договорах підряду зокрема.

Дискусійним видається питання розмежування шкоди, завданої фізичній особі, та шкоди, завданої юридичній особі. Так, у Методичних рекомендаціях «Відшкодування моральної шкоди», які містяться у листі Міністерства юстиції України від 13.05.2004 р. № 35-13/797, зазначено, що під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, слід розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підірив довіри до її діяльності [18]. Разом із тим слід зазначити, що в ЦК України є норми, які окремо передбачають відповідальність за порушення вказаних прав. Отже, хоча законодавство не містить норм, які б окремо визначали поняття «моральна шкода фізичної особи» та «моральна шкода юридичної особи», підстави її відшкодування, на думку І. Єфремової, необхідно розділяти для фізичної й юридичної особи у разі звернення з такою вимогою до суду. Це важливо, оскільки наслідки завданої моральної шкоди як фізичній, так і юридичній особі, хоч і зводяться до втрат немайнового характеру, все ж є різними за юридичною природою та правовими наслідками [19].

Підсумовуючи, слід зазначити, що розглянуті аспекти відшкодування моральної (немайнової) шкоди за договорами підряду показують велику схожість законодавчих підходів України та підходів іноземних законодавців, а також виникаючих при застосуванні цього інституту проблем. Перш за все, звертає на себе увагу відсутність детального законодавчого регулювання інституту відшкодування моральної (немайнової) шкоди

не тільки в країнах англо-американської системи права, де це визначається особливостями самої правової системи цих держав, а й у країнах романо-германської правової системи.

У той самий час слід зазначити, що велику роль у розвитку і вдосконаленні цього правового інституту відіграють судова практика та доктринальні тлумачення. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди на підставі порушення підрядних зобов'язань застосовується судами як засіб правового захисту порушених в основному особистих немайнових прав і благ. До цього слід додати, що перелік благ, які захищаються шляхом відшкодування моральної (немайнової) шкоди, має постійну тенденцію до зростання шляхом судового тлумачення. Неважко й помітити, що питання припустимості відшкодування моральної (немайнової) шкоди, спричиненої неналежним виконанням договірних зобов'язань, було принципово розв'язано на користь окремих видів договорів і що цей перелік постійно зростає.

Видається, що ще певний час питання відшкодування моральної (немайнової)

шкоди при порушенні договору підряду буде залежати і від потерпілої сторони, оскільки на практиці досить важко встановити — пов'язана та чи інша протиправна дія з виконанням договору чи ні. У зв'язку з суттєвою різницею в правовому регулюванні договірної і деліктної відповідальності (умовами виникнення, доказами вини, строків позовної давності, можливістю спадкування відшкодування шкоди тощо) важливе значення для потерпілого має можливість самому визначити підстави свого позову (з договору або делікту).

*Таким чином, законодавче закріплення відшкодування моральної шкоди лише за її завдання життя або здоров'ю учасників підрядних відносин чи інших осіб не забезпечує охорону їх немайнових прав. Цього можна досягти внесенням відповідних змін до цивільного законодавства України, згідно з якими правовим наслідком порушення прав учасників підрядних відносин, що поставило під загрозу їх життя чи здоров'я, буде відшкодування матеріальної і моральної шкоди.*

#### ПРИМІТКИ

1. Цивільне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Ін Юре, 2006. — Т. 1. Загальна частина. — С. 114.
2. Примак В. Д. Межі використання психологічних знань у справах про відшкодування моральної шкоди / В. Д. Примак // Юридична Україна. — 2011. — № 5. — С. 69.
3. Сиротенко С. Е. К вопросу о договорном и недоговорном характере морального вреда / С. Е. Сиротенко // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения : сб. статей и иных матер. / под ред. Р. А. Стефанчука. — К. : Юринком Интер, 2010. — С. 340.
4. Цивільне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін Юре, 2003. — Т. 2. Особлива частина. — С. 388.
5. Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая: общие положения : 2-е изд., стер. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2003. — С. 779.
6. Заварза Т. В. Відшкодування моральної шкоди за порушення прав споживачів, не пов'язане із завданням шкоди життю чи здоров'ю / Т. В. Заварза // Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства : матер. міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 90-річчю з дня народження докт. юрид. наук, проф. В. П. Маслова, 16.03.2012 р. / редкол. : В. І. Борисова (відп. ред.) [та ін.] ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого». — Х. : Право, 2012. — С. 340.
7. Постанова Пленуму Верховного Суду «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.03.1995 р. № 4, в ред. від 27.02.2009 р.
8. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/17318252>.
9. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/16520264>.
10. Сиротенко С. Е. Про співвідношення норм Цивільного кодексу України та рішень Європейського суду з прав людини у зобов'язаннях по компенсації моральної шкоди / С. Е. Сиротенко // Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства : матер. міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті В. П. Маслова, Харків, 25.02.2011 р. — Х. : Вид-во «Кроссрод», 2011. — С. 377.

11. Відшкодування моральної та матеріальної шкоди : навч. посіб. / М. К. Галянтич, А. Б. Гриняк, А. І. Дрішлюк, Т. С. Ківалова [та ін.] ; за ред. М. К. Галянтича. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — С. 406.
12. Забара І. М. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди в міжнародному приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. М. Забара. — К., 2002. — С. 135.
13. Відшкодування моральної та матеріальної шкоди : навч. посіб. / М. К. Галянтич, А. Б. Гриняк, А. І. Дрішлюк, Т. С. Ківалова [та ін.] ; за ред. М. К. Галянтича. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — С. 406.
14. Забара І. М. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди в міжнародному приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. М. Забара. — К., 2002. — С. 135.
15. Там само. — С. 137.
16. Палиюк В. П. Теория и практика возмещения морального (неимущественного) вреда в Украине (на примере защиты прав потребителей) / В. П. Палиюк // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения : сб. статей и иных матер. / под ред. Р. А. Стефанчука. — К. : Юринком Інтер, 2010. — С. 519.
17. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — 3-те вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — С. 203.
18. Методичні рекомендації «Відшкодування моральної шкоди» // Лист Міністерства юстиції України від 13.05.2004 р. № 35-13/797 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [zakon.nau.ua/doc/?code=v\\_797323-04](http://zakon.nau.ua/doc/?code=v_797323-04).
19. Єфремова І. Визначення поняття та змісту моральної шкоди / І. Єфремова // Підприємництво, господарство і право. — 2011. — № 11. — С. 71.

***Гриняк Андрей. Особенности возмещения морального (неимущественного) вреда в подрядных обязательствах.***

*В статье определяются законодательные подходы к возмещению морального вреда в сфере договорных подрядных отношений, анализируются подходы относительно этого вопроса в национальных правовых системах других государств и судебная практика. Обосновывается возможность при нарушении подрядных договоров взыскания с должника морального (неимущественного) вреда.*

***Ключевые слова:*** *подрядные договора, правонарушения, неисполнение, неподобающее исполнение, возмещение, моральный (неимущественный) вред.*

***Gryniak Andriy. Features of compensation for moral (nonproperty) damages in work contract obligations.***

*In the article the legislative going is analysed near the compensation of moral harm in the sphere of contractual inferior relations, approaches in relation to this question in the national legal systems of other states and judicial practice are analysed. Possibility is grounded at violation of inferior agreements of penalty from the debtor of moral (unproperty) harm.*

***Key words:*** *inferior agreements, offences, non-fulfillment, improper implementation, compensation, moral (unproperty) harm.*



УДК 347.44:347(477)

**Олег Кузьмич,**

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри судочинства Юридичного інституту

Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

## СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК КОНСТРУКЦІЇ ДОГОВОРУ НА КОРИСТЬ ТРЕТЬОЇ ОСОБИ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

*Стаття присвячена дослідженню історії становлення та розвитку конструкції договору на користь третьої особи в цивільному законодавстві України, зокрема аналізується особливості розвитку цього договору в римському цивільному праві, в доктринальних вченнях російських цивілістів дореволюційного періоду, а також у положеннях цивільного законодавства радянського періоду.*

**Ключові слова:** договір на користь третьої особи, третя особа, право вимоги, сторона, яка уклала договір.

Для глибшого проникнення в сутність договору на користь третьої особи, а також збереження наступництва в розвитку його правової конструкції вагоме значення має вивчення історії його виникнення та розвитку. Крім того, це дозволить не тільки зберегти зв'язок між отриманими раніше й новими результатами, а й наблизитися до розуміння діалектики правового регулювання вказаних договорів.

Метою цієї статті є дослідження історії становлення та розвитку конструкції договору на користь третьої особи в цивільному законодавстві України на різних етапах його історичного розвитку.

Виходячи із того, що в Стародавньому Римі були закладені основні інститути цивільного права, а також фундаментальні підходи до їх правової регламентації, для вивчення сутності досліджуваного договору передусім варто звернутися до витоків римського цивільного права.

Як зазначив О. А. Підопригора, «давньоримське зобов'язання мало суворо особистий характер, стосувалось тільки тих осіб, які його уклали. Це був суворо особистий зв'язок між кредитором і боржником, а на третіх осіб він не поширювався. Особистий характер зобов'язання виявлявся в тому, що правове відношення виникало лише між кредитором і боржником. [...] Права і обов'язки, встановлені зобов'язанням, не відносилися до третіх осіб, що не приймали участі в зобов'язанні» [1]. Суворо особистий характер давньоримського зобов'язання пояснювався тим, що для класичного римського права характерним

був такий принцип: «*Alteri stipulatur nemo potest*» (Ulpian D.45, 1, 38, 17), зміст якого полягав у тому, що «ніхто не може домовлятися на користь стороннього» [2]. Юридична конструкція договору на користь третьої особи передбачає виникнення прав у третьої особи, внаслідок здійснення яких треті особи могли отримати певну вигоду та користь. Оскільки треті особи при укладенні таких договорів не брали участі, то ці договори вважалися такими, що суперечили вказаному принципу, у зв'язку з чим вони не могли визнаватися дійсними існуючою на той час правовою системою. Як зазначив А. Нолькен, договори, укладені всупереч цьому принципу, вважалися недійсними як щодо сторін договору, так і щодо третіх осіб. Крім того, як підкреслював автор, на ранніх етапах у силу існуючого принципу визнавалися недійсними і такі договори, коли виконання договору хоч і здійснювалося третьою особою, однак в інтересах не третьої особи, а безпосередньо особи, яка уклала договір [3].

У працях російських цивілістів дореволюційного періоду, увага до яких зумовлена тим, що частина України тривалий час перебувала в складі Російської імперії, юридична конструкція договорів на користь третіх осіб визнавалася. Більше того, в науковій літературі [4] здійснювався вже науковий аналіз окремих проблем цієї договірної конструкції з використанням практики Урядового Сенату. Із цього приводу хотілося б відмітити вихід у світ у 1885 р. монографічного дослідження А. Нолькена «Договори въ пользу треть-

ихъ лицъ» [5], яке було вагомим внеском у дослідження юридичної природи вказаних договорів.

Слід зазначити, що на початку ХХ ст. у дореволюційній Росії велася активна робота з кодифікації цивільного законодавства, у зв'язку з чим було підготовлено декілька проектів Цивільного уложення. Зокрема Книга 5 взятого нами за основу проекту Цивільного уложення, який внесений 14.10.1913 р. в Державну Думу [6], передбачала вже декілька положень (статті 54—57), які безпосередньо стосувалися правового регулювання договорів на користь третіх осіб. Так, цими положеннями передбачалося, що за договором, укладеним на користь третьої особи, виконання зобов'язання можуть вимагати як сторона, яка поклала зобов'язання на боржника, так і третя особа (ст. 54); якщо третя особа висловила боржнику згоду скористатися наданим їй на підставі договору правом, то сторони договору не можуть змінити або розірвати договір, якщо вони не зберегли за собою таке право в самому договорі (ст. 55); якщо третя особа відмовилась від наданого їй на підставі договору права, сторона, яка висловила таке право, може сама скористатися ним, якщо це не суперечить змісту договору або суті права (ст. 56); боржник вправі робити заперечення, які впливають із договору, як проти сторони, яка уклала договір, так і проти третьої особи (ст. 57). Особливу увагу з цього приводу привертає до себе одна із праць Х. Баклановського, в якій автор дає загальну характеристику конструкції договору на користь третьої особи за проектом Цивільного уложення порівняно з конструкцією аналогічного договору, яка була передбачена Німецьким цивільним уложенням [7].

Що стосується західноукраїнських земель, які з ХVІІІ ст. входили до складу Австрійської імперії, а саме Галичини, Буковини та Закарпаття, то необхідно зауважити, що Австрійське цивільне уложення, яке прийняте у 1811 р. [8], не передбачало юридичної конструкції досліджуваного договору.

Вперше в Україні на законодавчому рівні конструкція договору на користь третьої особи була передбачена в ЦК УРСР 1922 р., якій було відведено ст. 140. Так, виходячи із вказаної статті, за договором, укладеним на користь третьої особи, виконання зобов'язання мо-

жуть вимагати, якщо інше не передбачено договором, як сторона, яка поклала зобов'язання на боржника, так і третя особа, на користь якої укладений договір. Якщо особа, на користь якої укладений договір, висловила боржнику намір скористатися виговореним на її користь правом, сторони договору позбавляються права без її згоди змінити або розірвати договір. Якщо особа, на користь якої укладений договір, відмовилася від наданого їй на підставі договору права, сторона, яка висловила це право, може сама ним скористатися, якщо це не суперечить суті договору.

Як впливає із аналізу цієї правової норми, ЦК УРСР 1922 р. не давав визначення поняття цього договору, тим менше законодавець у загальних положеннях ст. 140 цього нормативного акта намагався врегулювати відносини, що виникали із таких договорів.

Аналіз положень ст. 140 цього Кодексу свідчить про те, що правом вимагати виконання договору, укладеного на користь третьої особи, могла володіти як третя особа, так і сторона, яка поклала зобов'язання на боржника. Однак у цій частині аналізована правова норма носила диспозитивний характер, а це означало, що у випадках, передбачених договором, як сторона, яка уклала договір, так і третя особа могли й не володіти правом вимагати виконання аналізованого договору (як впливає зі змісту цієї правової норми, на що необхідно звернути увагу, закон стосовно окремих договорів не міг обмежити в аналізованому праві ні сторону, яка уклала договір, ні третю особу).

Якщо порівнювати ЦК УРСР 1922 р. із проектом Цивільного уложення 1913 р., то можна звернути увагу на те, що в Уложенні, на відміну від ЦК УРСР 1922 р., правова норма, якою передбачалося право вимагати виконання договору як стороні, яка поклала зобов'язання на боржника, так і третій особі, була сформована таким чином, що не передбачала жодних винятків із цього правила, тобто ні спеціальними нормами стосовно окремих видів договорів, ні умовами укладеного договору суб'єкти договору, про які йдеться, не могли бути обмежені в аналізованому праві.

Виходячи із положень ст. 140 ЦК УРСР 1922 р., момент вираження наміру третьою особою скористатися виговореним на її користь правом є юридичним

фактом, який обмежує право сторін змінювати та розривати договір без згоди третьої особи. Крім того, передбачаючи загальне правило про зміну та розірвання договорів, укладених на користь третіх осіб, законодавець не передбачав випадків, із настанням яких допускалася можливість їх зміни чи розірвання без згоди третіх осіб після вираження ними наміру скористатися наданим їм правом. У цій частині положення ст. 140 ЦК УРСР 1922 р., яке стосувалося зміни та розірвання цих договорів, носило імперативний характер, тому учасники цивільних відносин при укладенні таких договорів обмежувались у можливості на власний розсуд урегулювати питання щодо зміни чи розірвання таких договорів в обхід волі третьої особи. Звичайно, передбачаючи обов'язковість отримання згоди сторонами договору від третьої особи після вираження нею наміру скористатися виговореним на її користь правом на зміну чи розірвання такого договору, законодавець у такий спосіб намагався захистити інтереси третіх осіб, що могло свідчити про те, що законодавець вважав третіх осіб щодо сторін договору слабкішими суб'єктами цієї договірної конструкції.

Крім того, як свідчить аналіз ст. 140 ЦК УРСР 1922 р., загальне правило про зміну та розірвання цих договорів поширювалося на всі стадії існування договірних зобов'язань і в тому числі на стадію його порушення, тому для того, щоб розірвати аналізований договір у разі його невиконання чи неналежного виконання на вимогу однієї із сторін, необхідно було вимагати згоду вже третьої особи після того, як вона висловить намір скористатися наданим їй правом. Однак третя особа з різних міркувань могла й не погодитись, оскільки неналежне виконання боржником зобов'язання на її користь, наприклад, могло її повністю влаштувати, хоча при укладенні такого договору цей аспект проблеми міг би бути врахований учасниками цивільних відносин і вони могли б підійти диференційовано щодо умов, з настанням яких зміна чи розірвання аналізованого договору була б можлива без згоди третьої особи. Тому загальне правило про зміну та розірвання договорів, укладених на користь третіх осіб, яке було передбачено в положеннях ст. 140 ЦК УРСР 1922 р., з огляду на те, що в цьому нормативному

акті не передбачалося інших механізмів впливу безпосередньо на третіх осіб (а останні, як випливає із аналізу цієї правової норми, за своїм правовим статусом були незалежними від інших суб'єктів цієї договірної конструкції), не було таким, яке, на нашу думку, сприяло б широкому використанню цієї договірної конструкції учасниками цивільного обороту на практиці.

Крім того, як випливає із зазначеного, положення цієї статті, на нашу думку, було таким, яке обмежувало свободу сторін у частині зміни та розірвання цих договорів.

Що стосується аналізованих проблем, то положення проекту Цивільного Уложення 1913 р., на нашу думку, були більш прогресивними, ніж положення ЦК УРСР 1922 р., оскільки давали можливість сторонам на власний розсуд врегулювати питання зміни та розірвання договорів, а отже, не обмежували жодною мірою принцип свободи договору, як це було зроблено в ЦК УРСР 1922 р.

Стосовно положення, яким надавалось право особі, що уклала договір, скористатися правом, від якого відмовилася третя особа, то, безумовно, таке положення викликає позитивну оцінку з огляду на те, що воно певною мірою забезпечувало стабільність зобов'язальних відносин, які виникали на підставі таких договорів, оскільки у третьої особи виникає право, а отже, вона могла б або скористатися ним, або відмовитись від нього, крім того, третя особа могла б зразу після висловлення нею наміру скористатися виговореним на її користь правом відмовитись від нього, бо жодних обмежень із цього приводу в ЦК УРСР 1922 р. не було передбачено. Крім того, якщо третя особа відмовилась від права на отримання вигоди, то чому особа, яка уклала договір, повинна бути обмеженою безпосередньо скористатися цими вигодами, виходячи із власних потреб та інтересів? Як випливає із ст. 140 УРСР 1922 р., такі обмеження можуть бути, але вони залежать від суті укладеного договору. Як приклад в юридичній літературі наводиться договір купівлі-продажу будинку, на підставі якого виговорювалося право третій особі користуватися однією із кімнат, тому у випадку відмови третьої особи від виговореного на її користь права у кредитора (продавця) не виникає права на цю кімнату, а просто припиняє свою дію передбачене обмежен-

ня для покупця, договір страхування життя тощо [9].

Необхідно зазначити, що ст. 140 ЦК УРСР 1922 р. для третіх осіб, крім прав, не передбачала виникнення будь-яких обов'язків. Аналогічний підхід мав місце і в проекті Цивільного Уложення 1913 р.

Наступним етапом розвитку цивільного законодавства стало прийняття в 1961 р. Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік, на підставі яких були прийняті цивільні кодекси союзних республік, у тому числі й ЦК УРСР 1963 р. Так, відповідно до ст. 160 цього Кодексу, якщо особа, яка уклала договір, обумовила виконання зобов'язання, що виникло із договору, третій особі і якщо інше не передбачено в договорі і не впливає з його змісту, виконання може вимагати як особа, що уклала договір, так і третя особа, на користь якої виговорено виконання. Якщо третя особа відмовилася від права, наданого їй за договором, то особа, що уклала договір, може скористатися цим правом, коли це не суперечить змістові договору.

Як свідчить аналіз абз. 1 ст. 160 ЦК УРСР 1963 р., законодавець вперше спробував дати визначення поняття договору на користь третьої особи, що, безумовно, було вже позитивним моментом, оскільки, як можна врегулювати відносини, що виникатимуть на підставі договорів, поняття яких у законі не передбачено? Необхідно звернути увагу й на те, що до прийняття цього кодифікованого акта в юридичній літературі було опубліковано вже ряд вагомих наукових праць, зокрема М. І. Брагінського [10], В. І. Серебровського [11; 12] тощо, які тією чи іншою мірою стосувалися дослідження юридичної суті договорів на користь третіх осіб, що, безумовно, не могло не вплинути на відображення цієї договірної конструкції в положеннях ЦК УРСР 1963 р.

Що стосується права вимагати виконання цього договору як стороною, яка обумовила виконання зобов'язання третій особі, так і третьою особою, то в ЦК УРСР 1963 р. можна побачити аналогічний підхід до того, який знайшов своє відображення в ЦК УРСР 1922 р. Крім того, незмінним залишилось і положення, яке давало право стороні, що уклала договір, скористатися правом, від якого відмовилася третя особа.

Основним, що привертає увагу, є те, що ЦК УРСР 1963 р. взагалі обходив увагою питання правового регулювання зміни та розірвання договорів, укладених на користь третіх осіб. Тобто за вказаним нормативним актом вираження наміру третьою особою скористатися виговореним на її користь правом не мало тих правових наслідків, про які йшлося в ЦК УРСР 1922 р. З огляду на зазначене, треті особи, як свідчить аналіз положень ЦК УРСР 1963 р., з моменту вираження ними наміру скористатися виговореним на їх користь правом виявилися в менш вигідному правовому становищі, ніж до прийняття цього кодифікованого акта. Отож, якщо ЦК УРСР 1922 р. на перше місце поставив захист інтересів третіх осіб, то, відповідно, ЦК УРСР 1963 р., відмінивши загальне правило про зміну та розірвання вказаних договорів, яке існувало до цього часу, на перше місце поставив інтереси саме сторін цього договору, тим самим давши можливість сторонам на власний розсуд вирішувати питання зміни та розірвання досліджуваних договорів, що свідчило вже про розширення принципу свободи договору в цьому нормативному акті. Виходячи із сказаного, необхідно зауважити, що в питаннях правового регулювання зміни та розірвання договорів, укладених на користь третіх осіб, як ЦК УРСР 1922 р., так і ЦК УРСР 1963 р. не передбачали балансу інтересів між третіми особами та сторонами договору.

Підводячи ризик в порівняльній характеристиці правового регулювання юридичної конструкції договорів на користь третьої особи в положеннях ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р., необхідно зазначити, що ЦК УРСР 1963 р. вперше спробував дати визначення поняття цього договору, чого не було в попередньому кодифікованому акті, крім того, визначаючи зміст прав сторін договору, він не передбачав жодних обмежень щодо їх реалізації (йдеться про те, що ЦК УРСР 1963 р. вже не вимагав від сторін договору для його розірвання чи зміни отримання згоди третьої особи після вираження нею наміру скористатися наданим їй правом).

Сучасним етапом кодифікації цивільного законодавства України як незалежної держави є прийняття 16.01.2003 р. нового ЦК України. Зокрема ЦК України 2003 р. юридичній конструкції договору

на користь третьої особи безпосередньо присвятив ст. 636. Особливу увагу привертає те, що законодавець передбачив визначення поняття такого договору, виділивши для цього окрему правову норму (ч. 1 ст. 636 ЦК), чого не було в двох попередніх кодифікованих актах. Крім того, законодавець також встановив можливість укладення такого договору й на користь невстановлених третіх осіб, про що взагалі не йшлося в ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р.

Необхідно звернути увагу на те, що ч. 2 ст. 636 ЦК є такою, яка за своїм змістовним наповненням фактично не відрізняється від юридичного механізму забезпечення належної поведінки боржника як з боку особи, яка уклала договір, так і третьої особи, який був передбачений в положеннях ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р. Проте, на відміну від згаданих нормативних актів, ЦК України передбачає, що, крім договору, обмеження, які пов'язані з правом вимагати виконання цього договору як щодо сторони, яка уклала договір, так і третьої особи, можуть бути встановлені також законом або випливатимуть із суті договору.

Як свідчить аналіз ч. 3 ст. 636 ЦК України, вказана правова норма носить загальний характер, а це означає, що окремі особливості зміни та розірвання договорів, укладених на користь третіх осіб, можуть бути врегульовані як учасниками цивільних відносин при укладенні договору, так і безпосередньо законодавством щодо окремих видів договорів. Однак, якщо інше не передбачено договором або законом, виходячи із зазначеної правової норми, той чи інший договір, укладений на користь третьої особи, з моменту вираження наміру третьою особою скористатися наданим їй правом, не може бути зміненим чи розірваним без її згоди. Зазначене свідчить про те, що діючі положення про зміну та розірвання аналізованих договорів, у порівнянні із правовими положеннями ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р., є такими, які найбільше відображають інтереси як сторін договору, так і третіх осіб, і, що найголовніше, максимально враховують принцип свободи договорів. Більш детально питання зміни та розірвання аналізованих договорів у положеннях ЦК України буде проаналізовано в наступних дослідженнях.

Частина 4 ст. 636 ЦК України за своїм

змістом не є новою, оскільки можливість для особи, яка уклала договір, скористатися правом, від якого відмовилась третя особа, була передбачена і в попередніх цивільних кодексах. Зокрема, С. І. Вільнянський із приводу відмови третьої особи від права, наданого їй на підставі договору, зазначив, що, «якщо третя особа відмовилася від цього права, сторона, яка виворонила це право, може сама скористатися ним (ст. 160 Цивільного кодексу УРСР). Однак ця норма має диспозитивний характер. У договорі може бути передбачено, що виконання може вимагати тільки третя особа, і, отже, у випадку її відмови від свого права договір втрачає силу» [13]. Проте із висновками С. І. Вільнянського можна й не погодитися, виходячи із того, що ЦК УРСР 1963 р., як і ЦК України, передбачили для сторони, яка уклала договір, можливість скористатися правом, від якого відмовилася третя особа, незалежно від того, чи сторона, яка уклала договір, відмовилася від вказаного права.

*Підсумовуючи зазначене, необхідно зробити такі висновки: з огляду на існуючий у Римському цивільному праві принцип «Altery stipulary nemo potest» (Ulpian D.45, 1, 38, 17), зміст якого полягає у тому, що «ніхто не може домовлятися на користь стороннього», договори на користь третіх осіб не могли визнаватися дійсними існуючою на той час правовою системою, тому не доводиться стверджувати про позитивний вплив положень Римського цивільного права на цивільне законодавство України в контексті становлення досліджуваного договору.*

*На відміну від ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р., ЦК України не тільки визначає зміст прав та обов'язків суб'єктів цієї договірної конструкції, максимально враховуючи при цьому принцип свободи договору, а й також вперше передбачає визначення поняття цього договору. Тому, порівнюючи положення ЦК України, які стосуються правового регулювання аналізованого договору з відповідними положеннями ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р., можна зробити висновки, що конструкція договору на користь третьої особи, яка передбачена ЦК (ст. 636), є такою, яка сформована під впливом концептуальних засад ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р.*

## ПРИМІТКИ

1. Підпригора О. А. Основи римського приватного права : підручник / О. А. Підпригора. — К. : Вища шк., 1995. — С. 142.
2. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц ; пер. с нем. Ю. М. Юмашева. — М. : Междунар. отношения, 1998. — Т. 2. — С. 181.
3. Нолькенъ А. Договоры въ пользу третьихъ лицъ / А. Нолькенъ. — Санкт-Петербургъ : Типографія императорской академии наукъ, 1885. — С. 47.
4. Бутовский А. Н. Договоры въ пользу третьихъ лицъ / А. Н. Бутовский // Журналъ министерства юстиціи. — 1910. — № 10. — С. 1—33.
5. Нолькенъ А. Знач. праця.
6. Герценберг В. Г. Обязательственное право / В. Г. Герценберг, И. С. Перетерский. — С.-Петербург : Изданіе Юридическаго книжнаго склада «ПРАВО», 1914. — Книга V : Гражданскаго Уложения: проект, внесенный 14 октября 1913 г. в Государственную Думу. — 247 с.
7. Баклановскій Х. Договор въ пользу третьяго лица (Ст. 54—57 Проекта обязательственнаго права) / Х. Баклановскій // Труды цивилистическаго студенческаго кружка при Университете Св. Владиміра (подъ редакціей проф. В. И. Синайскаго). — Киев : Типографія Р. К. Лубковскаго, 1914. — Вып. I. — С. 86—95.
8. Общее гражданское уложение Австрийской империи 1811 г. / пер. Г. Вербловскаго. — С.-Петербургъ : Изданіе Редакціонной Коммисіи по составленію Гражданскаго Уложения. Типографія правительствующаго Сената, 1884. — 542 с.
9. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. — М. : Госюриздат, 1950. — С. 142.
10. Брагинский М. И. Влияние действий других (третьих) лиц на социалистические гражданские правоотношения : автореф. дис. на соискание учен. степени докт. юрид. наук / М. И. Брагинский. — Ленинград, 1962. — 36 с.
11. Серебровский В. И. Договор страхования жизни в пользу третьего лица (Назначение выгодоприобретателя и его взаимоотношения с Госстрахом и другими лицами) / В. И. Серебровский // Ученые записки ВЮЗИ. — М., 1948. — С. 33—45.
12. Серебровский В. И. Договор страхования жизни в пользу третьего лица (Основания возникновения права выгодоприобретателя) / В. И. Серебровский // Ученые труды ВЮЮН. — Вып. 9. — 1947. — С. 347—377.
13. Вильнянський С. І. Радянське цивільне право / С. І. Вильнянський. — Х. : Вид-во Харків. ун-ту, 1966. — Частина перша. — С. 299.

***Кузьмич Олег. Становление и развитие конструкции договора в пользу третьего лица в законодательстве Украины.***

*Статья посвящена исследованию истории становления и развития конструкции договора в пользу третьего лица в гражданском законодательстве Украины, в частности анализируются особенности развития этого договора в гражданском праве, в доктринальных учениях русских цивилистов дореволюционного периода, а также в положениях гражданского законодательства советского периода.*

***Ключевые слова:*** договор в пользу третьего лица, третье лицо, право требования, сторона, заключившая договор.

***Kuzmich Oleg. Becoming and development of construction of agreement in behalf of the third person in legislation of Ukraine.***

*The article deals with the history research of becoming and development of construction of agreement in behalf of the third person in the civil legislation of Ukraine, in particular, the features of this agreement development are analysed in the Roman civil law, in the doctrine studies of Russian civilists of the pre-revolution period, and also in positions of civil legislation of soviet period.*

***Key words :*** an agreement in behalf of the third person, a third person, right in an action, a side witch made an agreement.

УДК 347.71

**Віталій Махінчук,**

кандидат юридичних наук,

старший науковий співробітник

НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

## ПІДПРИЄМНИЦТВО ТА КОМЕРЦІЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

*У статті розглядаються питання співвідношення понять «підприємництво» та «комерція», їх легальне визначення, досліджуються доктринальні підходи до їх розуміння. Для усунення термінологічного дублювання пропонується розуміти комерційну діяльність лише як один із видів підприємницької діяльності, зміст якої полягає у вчиненні правочинів, спрямованих на перехід права власності на товари, з метою одержання прибутку у результаті подальшого продажу з переробкою об'єкта правочину чи без неї.*  
**Ключові слова:** підприємництво, комерція, правове регулювання, господарські відносини, цивільні відносини.

Однією з найважливіших умов формування якісної законодавчої бази є напрацювання та застосування при розробці нормативно-правових актів термінологічного апарату, який відповідає двом критеріям: а) будь-який термін позначає лише одне явище, б) будь-яке явище позначається лише одним терміном. Нехтування цим принципом може призвести і часто призводить до неправильного розуміння правових приписів, суті правовідносин, виникнення правових спорів, неоднозначного правозастосування юрисдикційними органами.

Особливо важливу «відточеність» понятійного апарату є у джерелах приватного права. Адже саме приватні правовідносини найчастіше передбачають можливість вибору їх суб'єктами тих чи інших моделей юридично значимої поведінки. І якщо в разі неоднозначності правових приписів у публічних відносинах слід керуватися принципом, за яким неоднозначність норми трактується на користь осіб, які не виконують владних функцій (хоча говорити про належний рівень застосування цього принципу в публічних правовідносинах на сьогодні доволі важко), то в праві приватному його застосування неможливе у зв'язку з юридичної рівності сторін. Однозначність правового регулювання приватних відносин створює умови, за яких мінімізується можливість недобросовісної поведінки, наприклад, однієї із сторін договору, коли вона вводить в оману ін-

шу сторону щодо правової природи, предмета договору або щодо інших його істотних чи факультативних умов.

Найбільші в абсолютному вимірі ризики несуть суб'єкти підприємницької діяльності — можливі суми збитків у випадку неоднозначного трактування вимог законодавства чи положень договорів можуть сягати астрономічних, як для фізичної особи, розмірів. Однак саме стосовно суб'єктів підприємницької діяльності сьогодні в Україні існує ситуація подвійного, а іноді — неоднозначного, правового регулювання їх діяльності. Така ситуація склалася з набранням чинності прийнятими у 2003 р. Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України.

Питання співвідношення положень Цивільного та Господарського кодексів України були предметом наукових досліджень таких вітчизняних вчених, як О. А. Беяневич, О. А. Бурбело, З. С. Варналій, А. С. Довгерт, І. С. Кантафарова, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, В. К. Мамутов, В. С. Мілаш, В. М. Селіванов, І. В. Спасиво-Фатеева, В. Ф. Опришко, О. А. Підпригора, І. В. Труш, Є. О. Харитонов, Я. М. Шевченко, В. С. Щербина та інші. Однак, попри значну кількість змін, внесених до цих кодексів, у тому числі й з метою усунення колізій між їх нормами, до цього часу залишаються суперечливими деякі їх положення. Причому ці суперечливі положення стосуються не лише регулю-

вання якогось вузького кола особливих суспільних відносин, а й основоположних питань.

Так, у ст. 83 ЦК України передбачено поділ юридичних осіб на товариства, установи та інші форми, передбачені законом. При цьому товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. У ст. 84 «Підприємницькі товариства» ЦК України встановлено, що товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства) можуть бути створені лише як господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи. За нормою ст. 85 «Непідприємницькі товариства» ЦК України непідприємницькими є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками.

Водночас у Господарському кодексі України використовується поділ господарської діяльності на комерційну (підприємництво) (глава 4) та некомерційну (глава 5). Підприємництво у ГК України визначається як самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних та соціальних результатів та одержання прибутку. Некомерційне господарювання — це самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку.

Наведені дефініції, закріплені у ГК України, викликають низку запитань. Так, незрозумілим є одночасне використання термінів «комерція» та «підприємництво» у розділі 5 «Господарська комерційна діяльність» і одночасне використання лише терміна «комерція» у розділі 6 «Некомерційна господарська діяльність». При бінарному поділі господарської діяльності залежно від мети одержання прибутку видається за доцільне обмежитись використанням одного терміна — «комерція» чи «підприємництво», назвавши відповідні види господарської діяльності «комерційна»

та «некомерційна» або «підприємницька» і «непідприємницька».

Цивільний кодекс України використовує термін «комерція» для позначення комерційного найменування (фірми), комерційної таємниці, комерційного представництва, комерційного кредиту, комерційної концесії. Комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємницької діяльності. Комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію. Також у ЦК України йдеться про недобросовісне комерційне використання комерційної таємниці. Згідно зі ст. 1057 ЦК України договором, виконання якого пов'язане з переданням у власність другій стороні грошових коштів або речей, які визначаються родовими ознаками, може передбачатися надання кредиту як авансу, попередньої оплати, відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт або послуг (комерційний кредит), якщо інше не встановлено законом. За договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (комерсуювачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг.

Отже, як ЦК України, так і ГК України послугуються обома термінами: «підприємництво» і «комерція». І якщо у правовому регулюванні окремих інститутів можна допустити застосування будь-якого з них з урахуванням історії розвитку тих чи інших відносин, то стосовно загального підходу до поменування діяльності, яка має на меті одержання прибутку, слід використовувати єдиний термін.

За такої ситуації виникає питання розмежування понять «підприємницькі товариства» та «непідприємницькі товариства», які використовуються у ЦК



України, з поняттями «комерційні підприємства» та «некомерційні підприємства», які використовуються у ГК України. Деякі роз'яснення з цього приводу спробував дати Вищий господарський суд України у листі від 07.04.2008 р. № 01-8/211 [1]. Суд виходив із того, що поняття «товариство» ЦК України (статті 84, 85) поділяє на два поняття за ознакою наявності чи відсутності у учасників товариства корпоративного права на отримання певної частки прибутку (дивідендів): товариство, яке здійснює підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками, є підприємницьким товариством, товариство, яке не має на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками, є не підприємницьким товариством. Оскільки установа не має учасників, то вона не може розподіляти прибуток між учасниками, але, за загальним правилом ст. 86 ЦК України, може, як і не підприємницьке товариство, здійснювати підприємницьку діяльність. ГК України (ч. 1 ст. 167) містить невичерпний перелік корпоративних прав: правомочність на участь в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. Разом із тим, ГК України, на відміну від ЦК України, не використовує корпоративних прав як ознак для поділу поняття «підприємство» на комерційні та некомерційні. Натомість ГК України містить визначення поняття господарської комерційної діяльності (підприємництва) у главі 4 та поняття некомерційної господарської діяльності (некомерційного господарювання) у главі 5. ГК України використовує в якості ознаки для поділу вказаних вище понять наявність чи відсутність мети одержання прибутку (який, звичайно, може бути одержаний і без наявності такої мети, як побічний результат), а не наявності чи відсутності можливості розподіляти прибуток між учасниками (чи сплати суми прибутку або його частини єдиному учаснику). Тому поняття «комерційні підприємства» та «некомерційні підприємства» Вищий господарський суд України вважає нетотожними поняттям «під-

приємницькі товариства» та «не підприємницькі товариства».

Отже, за основний критерій розмежування Суд взяв мету розподілу прибутку. Однак такий підхід видається спірним з огляду на те, що мета одержання прибутку в обох випадках наявна. Можливість його розподілу між учасниками та засновниками юридичної особи залежить від організаційно-правової форми відповідної особи. Сама ж мета одержання прибутку є не самоціллю підприємницького товариства чи комерційного підприємства, однак одержання прибутку є метою їх засновників та учасників, що можливо, як правило, лише у разі передачі цим особам (в тому числі — і засновникам державного підприємства) прибутку юридичної особи.

Виходячи з того, що ЦК України чітко не розмежує поняття «підприємницький» та «комерційний», немає підстав і для розмежування поняття «підприємницький», закріпленого у ЦК України, та поняття «комерційний», закріпленого у ГК України. Більше того, видається за необхідне узгодити в цій частині понятійний апарат двох вказаних кодексів. Тут можна надати перевагу використанню терміна «підприємницький», як такого, що не має іноземного походження. Водночас терміном «комерційний» можна було б позначити інше поняття або певний вид підприємництва.

Звичайно, за такого підходу виникне проблема з відповідним позначенням підприємств: термін «підприємницьке підприємство» виглядає дещо тавтологічно. Така тавтологія свідчить про те, що поняття «підприємство» за своїм первинним змістом походить від поняття «підприємництво». Тому говорити про «не підприємницьке підприємство» нелогічно. Однак у ГК України йдеться про некомерційні підприємства (ст. 78). Корені такого нелогічного підходу до формування термінології лежать у неправильному або, принаймні, неоднозначному розумінні терміна «підприємство». Цивільний кодекс України підприємством визначає насамперед певний цілісний майновий комплекс, а не суб'єкта правовідносин. Господарський кодекс України, однак, підприємство розглядає саме як суб'єкта правовідносин. Зазначимо, що і ЦК України не позбавлений розуміння підприємства як суб'єкта пра-

вовідносин: стороною договору оренди житла з викупом у ст. 810<sup>1</sup> називається підприємство-орендодавець. Однак ЦК України було доповнено цією статтею у 2008 р., а автори законопроекту, очевидно, не врахували підходів, закладених у ЦК України при його розробці. Такий неоднозначний підхід до розуміння поняття «підприємство» у суміжних кодексах слід усунути. Там, де під підприємством розуміється суб'єкт правовідносин, доцільно використовувати виходячи зі змісту норм терміни «юридична особа», «установа», «суб'єкт господарювання», «власник» тощо.

Дискусія про розуміння і співвідношення термінів «підприємство» та «комерція» триває у вітчизняній юридичній науці вже досить довгий час, адже почалась вона з відходом наприкінці 80-х років ХХ ст. від виключно командно-планової економічної моделі СРСР та союзних республік.

Ще задовго до прийняття ГК України, коли точилась дискусія щодо назви відповідного кодифікованого акта у сфері господарювання (підприємства), предмета регулювання останнього, структури тощо, В. М. Селіванов наголошував, що треба розкрити поняття підприємницької діяльності й вказати, які ознаки майнових відносин, що підпадають під дію норм цього (Підприємницького. — Авт.) кодексу, що дозволить насамперед визначити, яка діяльність є підприємницькою і яка, хоча й близька до неї, не є такою. Сам же він убачав, що сутність підприємницької діяльності впливає з таких її ознак: економічна самостійність та автономність волі її суб'єктів; ініціативність; творчий новаторський характер; систематичність; здійснення її на свій ризик і під цілковиту майнову відповідальність; здійснення її з метою одержання прибутку; правомірність [2]. І хоча, врешті-решт, було прийнято Господарський, а не Підприємницький, кодекс, у ньому майже повно відображено ту суть підприємницької діяльності, про яку писав В. М. Селіванов.

У ст. 42 ГК України підприємство визначається як самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання.

Автори навчального посібника «Підприємство», рекомендованого МОН України як навчальний посібник для

студентів вищих навчальних закладів, виокремлюють такі ознаки підприємницької діяльності:

— підприємець виступає як самостійний господарюючий суб'єкт, що веде власну справу;

— підприємницька діяльність пов'язана з ризиком, тобто імовірністю виникнення збитків, недоодержання доходів чи навіть руйнування;

— підприємницька діяльність допускає матеріальну відповідальність за реалізацію ідей;

— підприємцю властивий динамічний стиль життя, що обумовлено твердою конкуренцією як серед самих підприємців, так і між підприємцями і найманими робітниками;

— підприємницька діяльність завжди цілеспрямована.

Виходячи з наведених ознак підприємницької діяльності, автори наводять власне визначення поняття підприємництва: особливий вид економічної активності, під якою мається на увазі доцільна діяльність, спрямована на одержання прибутку, заснована на самостійній ініціативі, відповідальності й інноваційній підприємницькій ідеї [3].

Г. В. Смолин вказує, що під час визначення поняття «підприємство» слід зважати на економічну сутність цього явища, яка полягає в тому, що його передумовою є розходження між попитом і пропозицією на товарному ринку. Таке розходження призводить до визначення стратегії, спрямованої на виготовлення матеріальних благ та надання послуг, купівлю чужих товарів за певними цінами, а продаж за більш високими, з метою задоволення суспільних потреб та одержання прибутку [4]. Загалом погоджуючись із таким підходом до формулювання основних ознак поняття підприємництва, висловимо лише сумнів стосовно того, що продаж за більш високими цінами (перепродаж) повністю відповідає інтересам суспільства. Більше того, в умовах планової економіки такий продаж міг бути підставою для притягнення продавця до кримінальної відповідальності. Так, Кримінальний кодекс УРСР 1961 р. містив ст. 154, якою встановлювалась кримінальна відповідальність за такий склад злочину, як спекуляція, тобто скупка і перепродаж з метою наживи товарів чи інших предме-

тів. І донині термін «спекуляція» зберігає в нашому суспільстві певне, часто досить негативне забарвлення, що в умовах нормально розвиненої ринкової економіки є неприйнятним. Адже саме бажання отримання зиску є рушієм економічної активності громадян, спонукає їх, ризикуючи власними коштами та зусиллями, створювати та розвивати власну справу.

Г. М. Брусильцева вказує, що підприємство є основним видом господарської діяльності, який характеризується метою — отримання прибутку. Водночас вона зазначає, що некомерційна господарська діяльність здійснюється з метою задоволення певних суспільних потреб незалежно від прибутковості такої діяльності: отримання прибутку від такої діяльності відіграє другорядну роль (такою є діяльність частини казенних, експериментальних та інших планово-збиткових підприємств, які фінансуються за рахунок держави). Також авторка наводить перелік ознак підприємницької діяльності, проте не формулює доктринального визначення цього поняття [5].

Л. В. Ніколаєва дає визначення підприємництва як самостійної, ініціативної, систематичної, на власний ризик господарської діяльності, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку [6]. Таке визначення викликає певні зауваження. Перш за все, очевидним, з точки зору формальної логіки та чинного законодавства, є те, що господарська діяльність здійснюється суб'єктами господарювання. Тому вказівка на це у наведеному визначенні не вносить у нього жодної, власне, визначеності. По-друге, так само очевидним видається і те, що підприємницька діяльність здійснюється підприємцем. Тому видається за доцільне вилучити із визначення підприємництва вказівку на те, що воно здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями). Крім того, видається незрозумілим, що саме маєтись на увазі під економічним результатом? Якщо говорити про економічний результат як розвиток економіки у цілому, то це, як і соціальний результат, навряд чи буде первинною метою підприємця, принаймні у переважній більшості випадків. Хоча, звичайно, успішність підприємницької діяльності залежить

від того, чи може вона задовольнити суспільні інтереси, тобто від попиту на її продукт, а точніше від різниці між попитом та пропозицією. А вже успішна підприємницька діяльність впливає на розвиток економіки та забезпечення соціального результату. Коли б первинною метою підприємницької діяльності насправді було досягнення соціального результату, тоді не було б потреби у впровадженні податків з підприємців. Таким чином, *підприємство у Господарському кодексі України доцільно визначати як самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність, що здійснюється з метою одержання прибутку.*

Сучасна правова доктрина в Україні не містить єдиного визначення комерційної чи підприємницької діяльності, і щодо змісту і співвідношення цих понять триває наукова дискусія.

Легальне визначення комерційної діяльності закріплене у постанові Національного банку України від 06.07.2007 р. № 324 «Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації процесу формування управлінської звітності в банках України». Через обмежений предмет регулювання цього нормативного акта, зміст закріпленого у ньому поняття комерційної діяльності є дуже вузьким і стосується лише комерційної діяльності банків.

Як вже зазначалось вище, з назви глави 4 «Господарська комерційна діяльність (підприємство)» ГК України можна зробити висновок, що законодавець ототожнює господарську комерційну діяльність з підприємництвом. Крім того, у ст. 44 «Принципи підприємницької діяльності», яка міститься у главі 4 ГК України, вказано, що підприємництво здійснюється на основі комерційного розрахунку та власного комерційного ризику, а у ст. 40 — що підприємства мають право на добровільних засадах об'єднувати свою господарську діяльність (виробничу, комерційну та інші види діяльності). Як бачимо, тут законодавцем термін «комерційна діяльність» використовується вже самостійно, замінюючи, очевидно, термін «підприємницька діяльність» чи «підприємство».

Необхідно зазначити, що і в правовій доктрині поняття «підприємство» та «комерція» часто використовуються поруч як тотожні один одному. Так, напри-

клад, у 1997 р. було видано підручник з навчального курсу «Комерційне право», який мав назву «Правові основи підприємницької діяльності» [7].

Натомість М. П. Курило, навпаки, намагається диференціювати поняття «комерція» та «підприємництво». Проте у розумінні комерції автор відштовхується від визначення, наданого у тлумачному словнику В. І. Даля, яке з об'єктивних причин не враховує реалій сучасного правового регулювання економічної діяльності в Україні. І якби автор не вказував, що саме ГК України розглядає комерцію лише як реалізацію продукції, з ним можна було б певною мірою погодитись. Але сама назва глави 4 ГК України свідчить про інше. І, з огляду на структуру цього Кодексу, нормами вказаної глави регулюється господарська комерційна діяльність — підприємництво. Адже в статтях, які складають зміст цієї глави, йдеться саме про підприємницьку діяльність.

Якщо ж не брати до уваги норми ГК України, то можна певною мірою погодитись із точкою зору М. П. Курила стосовно того, що комерція здійснюється через договори купівлі-продажу з наміром купити дешевше, а продати дорожче, а зміст комерційної діяльності підприємства є вужчим, ніж зміст поняття «підприємництво». При цьому науковець формулює визначення комерційної діяльності підприємства — це велика за обсягом сфера оперативно-організаційної діяльності торгових організацій і підприємств, спрямована на здійснення процесів договорів купівлі-продажу товарів для задоволення попиту населення та одержання прибутку. Визначення це видається дещо невдалим. Адже навряд чи методологічно вірним є твердження, що діяльність — це сфера діяльності. Однак саме така логічна конструкція міститься у наведеному визначенні. Крім того, М. П. Курило ототожнює поняття «комерція» з поняттям «торгівля», а комерційне право з правом торговим. При цьому торгівлю він визначає як будь-які операції, що здійснюються за договором купівлі-продажу, міни, поставки та іншими цивільно-правовими договорами, які передбачають передачу права власності на товари [8].

В. М. Петров зазначає, що комерційна діяльність є складовою частиною підпри-

ємництва (за кордоном аналогом підприємництва є термін «бізнес»). При цьому він визначає підприємництво як діяльність, спрямовану на одержання доходів, прибутку. Комерція ж, на його думку, — це сукупність процесів і операцій, спрямованих на здійснення купівлі-продажу товарів для задоволення споживчого попиту й одержання прибутку [9].

Автори підручника «Комерційна діяльність» за ред. В. В. Апопія під комерційною діяльністю розуміють організацію і управління комерційними процесами та операціями, пов'язаними з товарно-грошовим обміном, кінцевою метою якої є здійснення купівлі-продажу товарів, послуг і отримання прибутку. Під підприємництвом тут розуміється самостійна, ініціативна системна діяльність для отримання прибутку. Однак підприємництво, уточнюють автори, — це не тільки діяльність, а й спосіб господарювання, умови ринку, тому воно набагато ширше за змістом, ніж комерційна діяльність, яку можна вважати окремим видом підприємництва [10]. Таке розуміння відповідає більше підходам економічної, аніж юридичної, науки. Однак всі основні ознаки комерційної діяльності та підприємництва, які випливають із чинного законодавства, у наведених визначеннях відображено.

*Отже, відповідно до чинного законодавства України зміст понять «підприємницька діяльність» та «комерційна діяльність» є тотожним. Проте доктринально, як в економічній науці, так і в юридичній науці, існують різні точки зору на співвідношення цих понять. На нашу думку, доцільно розмежовувати підприємництво та комерцію, і критерієм розмежування тут може слугувати суб'єктний склад відповідних відносин. Якщо розглядати комерційну діяльність як взаємодію (відносини) рівних, незалежних суб'єктів, у такому разі під комерційними відносинами слід розуміти виключно відносини між суб'єктами комерційної діяльності, які в дані відносини вступають саме з метою одержання прибутку. Тобто з кола даних відносин слід виключати купівлю-продаж, якщо одним із її учасників є споживач. Адже такому суб'єкту законодавство надає певні гарантії, які свідчать про нерівність сторін відповідного договору та посилення імперативного*

методу правового регулювання відповідних правовідносин.

Виходячи з цього, пропонується комерційну діяльність розглядати як один із видів підприємницької діяльності, зміст

якого полягає у вчиненні правочинів, спрямованих на перехід права власності на товари, з метою одержання прибутку шляхом подальшого продажу з переробкою чи без неї об'єкта правочину.

#### ПРИМІТКИ

1. Лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01-8/211 // Вісник господарського судочинства. — 2008. — № 3. — С. 45.
2. Селіванов В. Концептуальні засади Кодексу про підприємництво України // Право України. — 1995. — № 2. — С. 2—11.
3. Василенко В. О. Підприємництво / В. О. Василенко, Т. Л. Миронова, В. А. Подсолонко [та ін.] ; за ред. В. А. Подсолонко, Т. Л. Миронової. — К. : Центр учбової літератури, 2003. — С. 14—15.
4. Смолин Г. В. Господарське право України. Загальна частина : навч. посіб. / Г. В. Смолин. — 2-ге вид., перероб. та допов. — Л. : ЗУКЦ, 2011. — С. 19.
5. Господарське право: конспект лекцій / В. В. Сергієнко, Ж. О. Андрійченко, А. В. Галушко [та ін.]. — Х. : Вид. ХНЕУ, 2010. — С. 8.
6. Ніколаєва Л. В. Підприємницьке право : навч. посіб. / Л. В. Ніколаєва, О. В. Старцев ; за ред. О. В. Старцева. — К. : Істина, 2006. — С. 9.
7. Правові основи підприємницької діяльності : підруч. з навч. курсу «Комерційне право» / відп. ред. : В. І. Шакур, П. В. Мельник. — К. : Правові джерела, 1997. — 780 с.
8. Курило М. П. Комерційне право: навч. посіб. / М. П. Курило, В. М. Завальний, М. В. Завальний. — Суми : Університетська книга, 2010. — С. 8, 10, 21.
9. Петров В. М. Основи комерційної діяльності : навч. посіб. / В. М. Петров ; Харківський держ. аграрний ун-т ім. В. В. Докучаєва. — Х., 2001. — С. 6.
10. Комерційна діяльність : підручник / В. В. Апопій [та ін.] ; ред. В. В. Апопій. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Знання, 2008. — С. 11—12.

#### **Махинчук Виталий. Предпринимательство и коммерция по законодательству Украины.**

*В статье рассматриваются вопросы соотношения понятий «предпринимательство» и «коммерция», их легальное определение. Исследуются доктринальные подходы к их пониманию. Для устранения терминологического дублирования предлагается понимать коммерческую деятельность лишь как один из видов предпринимательской деятельности, содержание которой состоит в совершении сделок, направленных на переход права собственности на товары, с целью получения прибыли в результате дальнейшей продажи с изменением объекта сделки или без него.*

**Ключевые слова:** предпринимательство, коммерция, правовое регулирование, хозяйственные отношения, гражданские отношения.

#### **Mahinchuk Vitaliy. Business and commerce under the laws of Ukraine.**

*The article under consideration examines correlation between the concepts «business» and «commerce», their legal definition, investigates doctrinal approaches to their understanding. To eliminate doubling of terminology it is suggested to understand the commerce only as a commercial activity consisting of the types of business activities, the content of which consists of transactions designed to transfer property right of goods, in order to earn profit from further sales with the change of the object of the transaction or without it.*

**Key words:** business, commerce, regulation, economic relations, civil relations.

УДК 347.78:004.738.5

**Ольга Рассомахіна,**

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права і процесу

Юридичного інституту Національного авіаційного університету

## ТЕХНІЧНІ ЗАСОБИ ЗАХИСТУ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ: ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

*Стаття присвячена питанню правового регулювання охорони технічних засобів захисту об'єктів авторського права і суміжних прав як в Україні, так і в зарубіжних країнах, зокрема у законодавстві Європейського Союзу, США та Російської Федерації. У результаті проведеного дослідження зроблено висновки щодо доцільності охорони технічних засобів захисту авторського права і суміжних прав, недоліків та перспектив розвитку правового регулювання у даній сфері.*

**Ключові слова:** захист авторського права і суміжних прав, мережа Інтернет, правове регулювання, технічні засоби захисту, правова охорона технічних засобів захисту.

Охорона прав та інтересів авторів та інших суб'єктів авторського права і суміжних прав за допомогою технічних засобів захисту, в тому числі в мережі Інтернет, є актуальною, адже в умовах, коли розвиток техніки полегшує можливість будь-якої особи без значних витрат здійснювати порушення авторського права і суміжних прав, використання технічних засобів захисту, в свою чергу, може забезпечити їх більш ефективну охорону, яка не вимагає значних витрат, є простою у використанні та має превентивний характер дії. Практика використання зазначених засобів призвела до необхідності вироблення підходів до їх правової охорони. В Україні законодавство про авторське право і суміжні права вже містить низку норм щодо охорони технічних засобів захисту, проте практика застосування даних засобів захисту об'єктів авторського права і суміжних прав та правового регулювання їх захисту, як в Україні, так і в зарубіжних країнах, свідчить, що багато питань у даній сфері є невирішеними, зокрема щодо доцільності існування охорони технічних засобів захисту, вибору та закріплення відповідних заходів для їх охорони на рівні законодавства окремої держави, відповідних винятків щодо їх охорони та

усунення негативних наслідків цього процесу тощо, що обумовлює актуальність висвітлення даної проблематики.

Дане питання було предметом дослідження багатьох вітчизняних та зарубіжних фахівців, зокрема С. Ю. Бурлакова [1], Ю. М. Капіци [2], О. В. Кохановської [3], М. Моченова [4], О. Наумової [5], О. М. Пастухова [6] та багатьох інших. Проте спеціальних комплексних порівняльних досліджень правового регулювання технічних засобів захисту об'єктів авторського права і суміжних прав, у тому числі тих, які застосовуються в мережі Інтернет, майже не проводилось. У юридичній літературі недостатньо уваги було приділено проблемам, що становлять предмет цього дослідження.

Метою даної статті є дослідження проблем нормативно-правового закріплення технічних засобів авторського права та суміжних прав, доцільності охорони технічних засобів захисту авторського права і суміжних прав, недоліків та перспектив розвитку правового регулювання у даній сфері.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ технічні засоби захисту — це технічні пристрої і (або) технологічні розробки, призначені

для створення технологічної перешкоди порушенню авторського права і (або) суміжних прав при сприйнятті і (або) копіюванні захищених (закодованих) записів у фонограмах (відеограмах) і передачах організації мовлення чи для контролю доступу до використання об'єктів авторського права і суміжних прав. Слід зазначити, що Цивільний кодекс України не надає визначення технічних засобів захисту авторського права та суміжних прав.

Під дане визначення підпадають як апаратні засоби (технічні пристрої), так і програмні засоби (як такі, що пов'язані з технологічними розробками), хоча в цілому у визначенні краще було би застосовувати термін «будь-які технології». Враховуючи важливість технічних засобів для захисту авторського права та суміжних прав доцільно буде передбачити дане визначення і у Цивільному кодексі України. Крім того, норми щодо технічних засобів захисту авторського права та суміжних прав закріплені у різних статтях Закону України «Про авторське право і суміжні права», а не у вигляді окремих статей, як у Частині IV Цивільного кодексу Російської Федерації від 18.12.2006 р. № 230-ФЗ.

На практиці значна частина таких технічних засобів становить собою спеціальні програми для ЕОМ або їх модифікації та криптографічні коди. Та лише інколи це програмно-апаратні засоби. Технічні засоби захисту авторських та суміжних прав, у тому числі у мережі Інтернет, різноманітні і більш детально будуть розглянуті у окремій публікації. Технічні засоби захисту можуть супроводжувати охоронювані твори (файли, диски, програми-оболонки для перегляду тощо) або вбудовуються у засоби відтворення (mp3-плеєри, інші пристрої для обробки творів у цифрових форматах). Те, що технічні засоби захисту авторського права можуть являти як програми, так і пристрої, зумовило різні підходи до визначення поняття технічних засобів захисту. Якщо розуміти під технічними засобами захисту лише програми, то відповідно їх не можна назвати «технічними пристроями», тому фахівці вважають неможливим розповсюдження на них певної частини норми щодо ви-

значення технічних засобів захисту [7]. На нашу думку, більш вдалим у даному випадку є термін «технологічні розробки» та більш загальне поняття «будь-які технології». Технології щодо захисту авторського права ускладнюють створення копій творів або дозволяють відстежити використання таких творів. Поняття «будь-які технології» є відправним у визначенні технічних засобів захисту і у законодавстві ЄС (ч. 3 ст. 6 Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС від 22.05.2001 р. № 2001/29/ЄС «Про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві»).

Звернувшись до законодавства Російської Федерації, зокрема до Частини IV Цивільного кодексу РФ, зазначимо, що ст. 1299 визначає технічні засоби захисту авторського права як будь-які технології, технічні пристрої та їх компоненти, які контролюють доступ до творів, запобігають або обмежують здійснення дій, що не дозволені автором або іншим правоволодільцем стосовно твору. Норма щодо технічних засобів захисту суміжних прав закріплена у ст. 1309 даного Кодексу, яка розповсюджує щодо них положення статей 1299 та 1311 цього Кодексу. Порівнюючи дану норму із відповідною нормою у вітчизняному законодавстві, слід зазначити, що вони схожі за змістом, хоча у російському законодавстві дефініція даного терміна надається через використання більш широкого за своїм змістом поняття технології, загалом більш широкого спектру понять на позначення такої категорії, як технічні засоби захисту. Дані норми однаково визначають призначення даних засобів, хоча норми російського законодавства сформульовані у більш загальному вигляді.

За своєю суттю технічні засоби захисту належать до такої форми охорони цивільних прав, як самозахист, який передбачено у ст. 19 ЦК України.

Закріплення у законодавстві норми про заборону дій щодо обходу технічних засобів захисту та відповідальності за вчинення даних дій є встановленням правової охорони технічних засобів захисту. Дана охорона обумовлена тим, що технічні засоби захисту самі по собі є ма-

лоєфективними. Наприклад, це може бути пов'язане з тим, що заборона копіювання здійснюється під час дозволу відтворення. Ефективний технічний захист від копіювання, за умови дозволу відтворення може бути досягнутий, коли всі пристрої знаходяться під контролем правовласника. Також часто найбільш ефективні технічні засоби захисту авторського права вимагають для використання захищеної копії постійного з'єднання з контролюючою системою [8].

Вперше правова охорона технічних засобів комп'ютерних програм передбачена у Директиві ЄС від 14.05.1991 р. № 91/250/ЄЕС «Про правову охорону комп'ютерних програм» (п. «с») ч. 1 та ч. 3 ст. 7). Після цього відповідні заходи щодо охорони технічних засобів були здійснені на міжнародному рівні у Договорі ВОІВ про авторське право від 20.12.1996 р. (ст. 11) та Договорі ВОІВ про виконання і фонограми від 20.12.1996 р. (ст. 18). Згодом відповідні заходи були передбачені і у Директиві Європейського парламенту та Ради ЄС від 22.05.2001 р. № 2001/29/ЄС «Про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві» (статті 6 та 7). У результаті прийняття даної Директиви національні законодавства держав-членів ЄС були приведені у відповідність до міжнародно-правових норм щодо технічних засобів захисту.

Розглядаючи законодавство Європейського Союзу у даній сфері, зазначимо, що воно визначає два різні правові режими щодо технічних засобів захисту: 1) режим, який забороняє діяльність щодо незаконного обігу пристроїв для обходу технічних засобів захисту, визначений Директивою ЄС від 23.04.2009 р. № 2009/24/ЄС «Про правову охорону комп'ютерних програм» (кодифікована версія) та Директивою Європейського Парламенту та Ради від 20.11.1998 р. № 98/84/ЄС «Про правовий захист послуг, що базуються на чи складаються з умовного доступу (доступу, який є предметом певних умов)»; 2) режим, який забороняє як дії щодо обходу технічних засобів захисту, так і діяльність щодо незаконного обігу пристроїв для обходу технічних засобів захисту, визначений

Директивою Європейського парламенту та Ради ЄС від 22.05.2001 р. № 2001/29/ЄС «Про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві» [9].

Більш детально аналізуючи досвід Європейського Союзу, зазначимо, що у ст. 6 Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС від 22.05.2001 р. № 2001/29/ЄС «Про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві» передбачено зобов'язання держав-членів встановлювати адекватний правовий захист проти свідомого обходу будь-якого ефективного технологічного засобу захисту об'єкта авторського або суміжних прав та встановлено перелік дій, пов'язаних з незаконним обігом пристроїв для обходу технічних засобів захисту, які є забороненими. Слід зазначити, що в цьому аспекті норми Директиви є більш прогресивними, ніж відповідні норми Договору ВОІВ з авторського права, у яких такого переліку дій не передбачено. Дана Директива вимагає від держав-членів надавати охорону технічним засобам захисту лише стосовно творів або інших об'єктів авторського і суміжних прав відповідно до законодавства або права *sui generis* щодо баз даних. Технічні засоби захисту, які застосовуються для захисту інших об'єктів, або творів, що перейшли у суспільне надбання, не підлягають охороні відповідно до даної Директиви. Відповідно до п. 3 ст. 6 Директиви охороні підлягають лише ті технічні засоби захисту, які не дозволяють здійснювати дії, передбачені обсягом виключних прав суб'єкта авторського права і суміжних прав, тобто якщо вони створені з метою запобігати неправомірному використанню об'єктів авторського та суміжних прав у спосіб, що становить порушення авторського права і суміжних прав [10]. Якщо технічні засоби захисту використовуються з єдиною метою розподілу географічних ринків, вони охороняються тією мірою, наскільки запобігають порушенню права на відтворення, опублікування або розповсюдження [11].

Необхідною умовою охорони технічного засобу захисту відповідно до п. 3



ст. 6 Директиви, є його ефективність, тобто якщо його використання надає належний захист твору. У деяких справах суди держав—членів ЄС визнавали такі засоби неефективними [12]. Питання про те, чи має значення, наскільки відповідний засіб обходу технічного засобу широко використовується для того, щоб зробити технічний засіб захисту неефективним, залишається відкритим [13].

Слід звернути увагу, що у п. 55 преамбули даної Директиви вказано на необхідність ідентифікувати захищений об'єкт авторського права або суміжних прав у мережі та подавати інформацію щодо умов та особливостей його використання з метою спрощення управління правами, пов'язаними з цим, та необхідність спонукати суб'єктів прав застосовувати маркування з наведенням, крім зазначеної інформації, свого повноваження.

У п. 4 ст. 6 даної Директиви закріплені винятки щодо охорони технічних засобів захисту. Зокрема обхід технічних засобів може забезпечуватися добровільними заходами з боку правоволодільців, наприклад, передача версії твору без застосування технічних засобів або передача ключів для розшифровки, добровільне санкціонування обходу технічних засобів для CD-дисків, CD-ROM та для електронних книг шляхом укладання відповідних угод з користувачами. В цілому дана норма відсилає до винятків та обмежень у сфері авторського права, передбачених у національному законодавстві відповідно до пунктів 2 та 3 ст. 5 даної Директиви. У зв'язку з цим постає проблема поєднання положень про охорону технічних засобів захисту та про винятки та обмеження, що, у випадку їх прийняття на національному рівні, дає законне право обходити технологічні заходи [14]. Разом із тим, дана норма надає державам-членам свободу вибору заходів для забезпечення відповідних винятків у сфері охорони технічних засобів захисту в інтересах користувачів. Дослідження практики застосування даного положення п. 4 ст. 6 Директиви окремими державами—членами ЄС показало, що останні застосовують різні підходи, які включають: 1) взагалі не імплементувати дане положення (Австрія,

Чеська Республіка, Королівство Нідерланди), а залишити це на розсуд виконавчої влади, яка може прийняти відповідний підзаконний акт, коли це буде необхідно; 2) запровадити процедуру медіації або арбітражу (Фінляндська Республіка, Королівство Данія, Естонська Республіка, Грецька Республіка, Угорщина); 3) вирішувати дане питання шляхом звернення до суду (наприклад, Королівство Бельгія, ФРН, Республіка Ірландія, Королівство Іспанія); 4) вирішувати дане питання шляхом застосування спеціальної адміністративної процедури, за результатами якої може бути прийнято рішення про стягнення штрафів, яке може бути оскаржене, у деяких випадках така процедура може передбачати створення відповідного адміністративного органу (Французька Республіка) [15].

Крім того, під час вирішення даного питання слід враховувати також положення п. 53 преамбули Директиви, відповідно до якого захист технічних засобів повинен забезпечити безпечне середовище для надання інтерактивних послуг за запитом у такий спосіб, щоб представники громадськості могли мати доступ до творів або іншої продукції з того місця та в той час, коли вони самі обериуть. Якщо такі послуги регулюються договірними зобов'язаннями, перший і другий підпункти п. 4 ст. 6 даної Директиви не повинні застосовуватися. Автономні форми онлайн-використання повинні регулюватися цими положеннями.

Відповідно до пунктів 1 та 2 ст. 8 Директиви держави—члени ЄС на власний розсуд визначають порядок та способи захисту технічних засобів захисту. Дослідження показують, що існують різні національні режими: виключно цивільно-правові способи захисту, кримінально-правові способи захисту або їх поєднання [16]. Зазначимо, що законодавство більшості європейських країн передбачає окрему кримінальну відповідальність за вчинення незаконних дій, пов'язаних із оборотом засобів, які полегшують незаконний обхід або нейтралізацію технічних засобів захисту. Наприклад, ст. 1181 Закону Республіки Польща «Про авторське право та суміжні права» від 04.02.1994 р. Закон Рес-

публіки Хорватія «Про авторське право та суміжні права» від 30.10.2003 р. у ст. 181 встановлює кримінальну відповідальність за незаконний обхід технічних засобів захисту майнових прав організації телерадіомовлення та випуск в обіг відповідних засобів для обходу технічних засобів захисту. Відповідно до ст. 225 Кримінального кодексу Естонської Республіки кримінальна відповідальність настає за випуск в обіг відповідних засобів для обходу технічних засобів захисту авторського і суміжних прав. Схожі норми передбачені у пункті f) ст. 1713 Закону Італійської Республіки «Про авторське право та інші права, пов'язані із виконанням» від 22.04.1941 р., також у п. 3 ст. 270 Кримінального кодексу Королівства Іспанія [17].

Важливим також є питання щодо особи, яка може вимагати притягнення до відповідальності у випадку обходу технічних засобів захисту. Зважаючи на те, що їх можуть застосувати не тільки правоволодільці, а й посередники (наприклад Інтернет сервіс-провайдери), важливо, щоб особа, яка застосовує технічні засоби захисту за згодою правоволодільця, була уповноважена вимагати захисту у випадку їх обходу [18].

У законодавстві багатьох інших країн також передбачена правова охорона технічних засобів захисту авторського права і суміжних прав. Так, однією із перших держав, яка приєдналась до Інтернет-договорів ВОІВ, стали США. У 1998 р. в США прийнято Закон про авторське право у цифровому тисячолітті (Digital Millennium Copyright Act) [19], яким запроваджено як цивільно-правову (§ 1203 (b), (c)), так і кримінальну відповідальність (§1204 (a)) за правопорушення, передбачені статтями 11 та 12 Договору ВОІВ про авторське право. У § 1201 Підрозділу 103 Розділу 1 зазначеного Закону обхід технічних засобів захисту, які контролюють доступ до твору, визнано правопорушенням (пункт (a) (1) А). Також визнано правопорушенням виробництво, імпорту, розповсюдження та інше введення у господарський оборот технологій, товарів, послуг, пристроїв, компонентів або їх частин, основне призначення яких полягає у обході технічних

засобів захисту, які контролюють доступ до твору та захищають права суб'єкта авторських прав (§ 1201 пункти (a) (2) та (b) (1)). Закон передбачає виключення із загального правила про заборону обходу технічних засобів захисту для добросовісних володільців законно набутої копії твору. Наприклад, це стосується випадків, коли єдиною метою обходу є здійснення зворотного інжинірингу програм (декомпіляції) для забезпечення її сумісності з іншими програмами (§ 1201 (f) (1)) або здійснення досліджень у галузі криптографії (§ 1201 (g) (2)). Не вважається правопорушенням також обхід технічних засобів, призначених для збирання та передачі інформації про осіб, які бажають отримати доступ до твору он-лайн (§ 1201 пункт (i) (1)) [20].

Заслугує на увагу передбачена у ЦК РФ норма про заборону дій, які спрямовані на блокування (часткове або повне) технічних засобів. Так, відповідно до ч. 2 ст. 1299 ЦК РФ стосовно творів не допускається: 1) здійснення без дозволу автора або іншого правоволодільця дій, спрямованих на усунення обмежень щодо використання твору, які встановлені шляхом застосування технічних засобів захисту авторського права; 2) виготовлення, розповсюдження, здача в прокат, надання у тимчасове безоплатне користування, імпорту, реклама будь-якої технології, будь-якого технічного пристрою або їх компонентів, використання таких технічних засобів з метою отримання прибутку або надання відповідних послуг, якщо в результаті таких дій стає неможливим використання технічних засобів захисту авторського права або ці технічні засоби не зможуть забезпечити належний захист таких прав. Дана норма забороняє як дії щодо обходу технічних засобів захисту і таким чином і дії, вчинення яких обмежене технічними засобами захисту, так і діяльність щодо незаконного обігу пристроїв для обходу технічних засобів захисту та відповідні підготовчі дії щодо обходу технічних засобів захисту. За порушення даної норми у ч. 3 ст. 1299 ЦК РФ передбачені такі санкції, як право автора або іншого правоволодільця від правопорушника на відшкодування збитків або виплати компенсації, крім випадків, коли даним Ко-

дексом дозволено використання твору без згоди автора або іншого правоволодільця.

У Законі України «Про авторське право і суміжні права» норми про заборону дій щодо обходу технічних засобів та відповідальність за вчинення даних дій викладені у різних статтях. Так, відповідно до п. е) ст. 50 Закону порушенням авторського права і суміжних прав серед усього іншого є будь-які дії для свідомого обходу технічних засобів захисту авторського права і (або) суміжних прав, зокрема виготовлення, розповсюдження, ввезення з метою розповсюдження і застосування засобів для такого обходу. При цьому захист порушеного права може здійснюватися у порядку, передбаченому адміністративним, цивільним та кримінальним законодавством (ст. 51 Закону). У ч. 1 ст. 52 Закону передбачені способи цивільно-правового захисту у випадку використання об'єктів авторського права і суміжних прав з обходом технічних засобів. У порівнянні із російським законодавством передбачено більш широкий перелік способів захисту. Варто звернути увагу на норми пункту д) та пункту ж) ч. 1 ст. 52, ч. 4 ст. 52, а також ст. 53 Закону. Слід зазначити, що доцільно удосконалити зміст ст. 52 Закону, виклавши способи цивільно-правового захисту авторського права і суміжних прав у більш системному вигляді.

На сьогоднішній день питання про доцільність охорони самих технічних засобів є спірним. Ряд фахівців, зокрема бельгійці Северин Дюсолє, Ів Пульє, Мірей Бюйден, росіянин М. Моченов, вважають, що це є зайвим. На їх думку, якщо це механізм охорони інвестування, якою за своєю суттю є охорона технічних засобів захисту, це не може бути підставою її включення до охорони авторським правом [21].

Дослідження, які проводилися у Європейському Союзі, показують, що права охорона технічних засобів захисту довгий час була певним феноменом у сфері авторського права. Існували різні точки зору щодо того, чи повинен захист технічних засобів захисту розповсюджуватися на технологію контролю доступу до твору. Існували різні точки зору щодо

правової природи захисту, який надається технічним засобам: чи це додаткова форма правової охорони, додаткове право до виключних прав автора, чи самостійне право правоволодільця в системі виключних прав. У різних державах — членах ЄС це питання вирішується по-різному. Хоча в цілому прийнятим є такий підхід, що положення п. 1 ст. 6 Директиви не пов'язують охорону прав інтелектуальної власності та правову охорону технічних засобів захисту [22].

Недоліком технічних засобів захисту є те, що вони, створені з метою перешкодити неправомірному копіюванню творів, частіше за все перешкоджають також і добросовісному їх використанню, яке дозволено законодавством [23], через що зазнають критики з боку правозахисників. Так, у деяких країнах принципи охорони технічних засобів захисту авторського права та їх реалізація прямо суперечать законодавству цих країн. Наприклад, інколи формати файлів та протоколи не підтримуються іншими виробниками і часто використовуються для захоплення ринку збуту [24].

*У результаті проведеного дослідження можна зробити такі висновки щодо доцільності охорони технічних засобів захисту авторського права і суміжних прав, недоліків та перспектив розвитку правового регулювання у даній сфері.*

*По-перше, встановлення у законодавстві правового захисту технічних засобів захисту є доцільним, адже останні не дозволяють здійснювати дії, які передбачені обсягом виключних прав суб'єкта авторського права та суміжних прав, і таким чином забезпечують реалізацію охоронюваних прав інтелектуальної власності, а саме по собі використання технічних засобів захисту може бути малоефективним. Технічні засоби захисту авторського права не слід розглядати як обмеження прав окремих користувачів, вони є додатковими до правових засобами захисту, які забезпечують додаткову охорону об'єктів авторського та суміжних прав. Правовий захист технічних засобів захисту спрямований на захист об'єкта авторського права та суб'єктивного авторського права.*

*По-друге, за результатами огляду за-*

конодавства ЄС, США та Російської Федерації щодо правового регулювання технічних засобів захисту можна висунути деякі пропозиції щодо удосконалення відповідних норм Закону України «Про авторське право і суміжні права». Так, відправним у визначенні поняття технічних засобів захисту має бути поняття «будь-які технології». Також слід більш чітко розмежувати перелік дій, які є забороненими щодо об'єкта авторського права і суміжних прав і пов'язані з технічними засобами та становлять порушення авторського права, на такі групи: 1) дії щодо обходу технічних засобів захисту; 2) діяльність щодо незаконного обігу засобів для обходу технічних засобів захисту та підготовчі дії для обходу технічних засобів захисту, чи надання послуг, що мають аналогічну дію. Останню групу бажано конкретизувати, вра-

ховуючи зміст норм ч. 2 ст. 6 Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС від 22.05.2001 р. № 2001/29/ЄС «Про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві». Норми щодо технічних засобів захисту авторського права і суміжних прав доцільно було би викласти у вигляді окремої статті. Бажано визначити механізм забезпечення і порядок застосування винятків у сфері правового захисту технічних засобів захисту.

По-третє, сьогодні у багатьох країнах актуальною є проблема пошуку механізмів узгодження положень про охорону технічних засобів захисту та про винятки та обмеження у сфері охорони авторського права і суміжних прав, що може стати предметом наступних досліджень.

#### ПРИМІТКИ

1. Бурлаков С. Ю. Застосування технічних засобів захисту авторських прав як самозахист суб'єктивних цивільних прав / С. Ю. Бурлаков // Актуальні питання цивільного та господарського права. — 2008. — № 5. — С. 24—29.
2. Право інтелектуальної власності та законодавство Європейського Союзу / Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов [та ін.] ; за ред. Ю. М. Капіци. — К. : Слово, 2006. — 1104 с.
3. Кохановська О. В. Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Кохановська ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2006. — 34 с.
4. Моченов Н. Технические средства защиты авторского права и смежных прав и целесообразность их правовой охраны / Н. Моченов // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2007. — № 4. — С. 61—64.
5. Наумова Е. Технические средства защиты авторского права / Е. Наумова // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2009. — № 2. — С. 60—66.
6. Пастухов О. М. Авторське право в Інтернеті : монографія / О. М. Пастухов. — К. : Школа, 2004. — 144 с.
7. Моченов Н. Зазнач. праця. — С. 62.
8. Наумова Е. Зазнач. праця. — С. 65—66.
9. Study on the implementation and effect in member states' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Final Report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, The Netherlands, February 2007. — P. 72.
10. Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Commission Staff Working Document, Brussels, 30.11.2007, SEC(2007) 1556. — P. 7.
11. Там само. — P. 8.
12. Helsinki District Court, Case R 07/1004, 25 May 2007 [Electronic resource]. — Mode of Access : [http://www.turre.com/css\\_helsinki\\_district\\_court.pdf](http://www.turre.com/css_helsinki_district_court.pdf).
13. Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Commission Staff Working Document, Brussels, 30.11.2007, SEC(2007) 1556. — P. 8.
14. Право інтелектуальної власності та законодавство Європейського Союзу / Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов [та ін.] ; за ред. Ю. М. Капіци. — К. : Слово, 2006. — С. 158.

15. Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Commission Staff Working Document, Brussels, 30.11.2007, SEC(2007) 1556. — P. 9.

16. Study on the implementation and effect in member states' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Final Report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, The Netherlands, February 2007. — P. 81.

17. Нейман Л. Правовые основы DRM в России / Л. Нейман, Н. Колоколов // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2007. — № 5. — С. 36.

18. Study on the implementation and effect in member states' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Final Report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, The Netherlands, February 2007. — P. 77—78, 101.

19. The Digital Millennium Copyright Act, signed into law on October 28, 1998 [Electronic resource]. — Mode of Access : <http://www.copyright.gov/legislation/pl105-304.pdf>.

20. Нейман Л. Зазнач. праця. — С. 33.

21. Моченов Н. Зазнач. праця. — С. 64.

22. Study on the implementation and effect in member states' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Final Report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, The Netherlands, February 2007. — P. 74, 76, 78, 79, 101.

23. Нейман Л. Зазнач. праця. — С. 26.

24. Наумова Е. Зазнач. праця. — С. 66.

---

***Rassomakhina Olga. Technological protection measures of copyright and related rights and adjacent rights in the Internet: issues of legal regulation.***

*In the article the issues of legal regulation of protection of technological protection measures of copyright and related rights are considered as in Ukraine, as in foreign countries, in particular in the legislation of the European Union, the USA and the Russian Federation. As a result of the research the author makes conclusions concerning advisability of technical protection measures of copyright and related rights, the problems and prospects of legal regulation in this sphere.*

***Key words:*** *protection of copyright and related rights, the Internet, legal regulation, technological protection measures, legal protection of technological protection measures.*

***Rassomakhina Olga. Technological protection measures of copyright and related rights on the Internet: issues of legal regulation.***

*This article is devoted to the issues of legal protection of technological protection measures of copyright and related rights in Ukraine and foreign countries, including legislation of the European Union, the USA and Russia. As a result of the research the author makes conclusions concerning advisability of technical protection measures of copyright and related rights, the problems and prospects of legal regulation in this sphere.*

***Key words:*** *protection of copyright and related rights, the Internet, legal regulation, technological protection measures, legal protection of technological protection measures.*

УДК 347.823.36

**Ганна Цірат,**

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри правознавства Університету сучасних знань (м. Київ)

## ПОПЕРЕДНІ ОBOB'ЯЗКОВІ УMOVI (CONDITIONS PRECEDENT) ЗА ДОГОВОРАМИ ЛІЗИНГУ ПОВІТРЯНИХ СУДЕН

*В статті визначається зміст попередніх обов'язкових умов договорів лізингу літаків.  
Ключові слова: вступ у силу, попередні обов'язки, лізингодавець, лізингоодержувач.*

Майже всі українські авіакомпанії здійснюють перевезення пасажирів та вантажів на літаках іноземного виробництва. Велика вартість повітряних суден та іншого авіаційного обладнання, необхідність їх безпечного функціонування, що можливе лише завдяки правильному, відповідно до вказівок виробника, технічному утриманню, яке може здійснюватися виключно у спеціально ліцензованих та сертифікованих осіб, стали підставою у встановленні в практиці укладання угод з цими об'єктами певних особливостей, що не є притаманними об'єкту інших об'єктів цивільного обороту.

Лізинг як явище та його форми, достатньо вивчалися як іноземними, так і українськими вченими. Так, за даними Т. В. Кірик протягом 1991—2011 рр. в Україні захищено 118 дисертацій на здобуття наукових ступенів кандидата і доктора наук, в назві яких міститься слово «лізинг», з них 98 робіт економічного напрямку, 12 робіт — юридичного, 1 — технічного та 7 робіт за напрямом державне управління [1]. Юридичний напрям включає праці І. Є. Якубівського [2], Н. В. Тараба [3], В. В. Кафарського [4], Д. С. Січко [5], В. С. Різник [6], О. С. Семерак [7], Ю. В. Ілларіонова [8], А. М. Юшко [9], І. П. Сафонова [10], О. О. Уханьової [11], А. Г. Барабаш [12], О. В. Трофімової [13], які присвячені дослідженню договору оперативного та фінансового лізингу; визначенню сутності поняття, правової природи та критеріїв класифікації договорів лізингу; правовій природі та правовому регулюванню лізингової діяльності в Україні та світі. Незважаючи на таку активність у дослідженні правниками лізингових

правовідносин лізингові договори в галузі повітряного права ними не розглядалися взагалі.

У цій статті ми зупинимося на визначенні змісту попередніх обов'язкових умов, виконання яких має наслідком передавання повітряного судна від лізингодавця до лізингоотримувача.

Встановлення певних умов (*conditio*) у договорі, через які ставиться в залежність настання чи ненастання в майбутньому певної події, було відоме ще римському праву. Використання таких умов у договорі лізингу повітряних суден є традиційним.

Попередні умови встановлюються для обох сторін і стосуються представлення документації. На додаток до цього лізингоодержувач також зобов'язаний здійснити обумовлені договором платежі (частину забезпечувального платежу та першої основної лізингової плати) та видати певні уповноваження лізингодавцю. Лише у разі виконання всіх зазначених у договорі обов'язкових попередніх умов у лізингодавця виникає обов'язок з передачі обладнання. Тому твердження Р. П. Логвинчук, що лізинговий договір вступає в силу з моменту підписання акта приймання-передачі обладнання [14], не відображує специфіки лізингу авіаційного обладнання. Лізинговий договір вступає в силу з моменту підписання для кожної сторони в частині виконання попередніх обов'язкових умов.

Частина забезпечувального платежу, що сплачується за договором, може бути перерахована на рахунок лізингодавця або на ім'я останнього на цю частину видається банківська гарантія або акредитив. Представлення зазначених банків-

ських інструментів має свої позитивні та негативні сторони як для лізингодавця, так і для лізингоодержувача. Так, для лізингоодержувача представлення банківської гарантії передбачає відсутність необхідності відволікати значні грошові ресурси на достатньо довгий час (час дії договору), хоча отримання банківської гарантії має наслідком сплату банку відповідної комісії. Лізингодавець має можливість зарахувати власне грошові кошти за гарантією або банківським акредитивом лише у разі невиконання лізингоодержувачем. У разі ж отримання грошової суми він може нею розпоряджатися з моменту отримання.

До попередніх обов'язків лізингоодержувача належить попереднє схвалення договору найвищим органом лізингоодержувача. Іноді така вимога дивує українських лізингоодержувачів, які зазначають, що статут їхнього підприємства не обмежує повноважень дирекції, органу, що діє за законом, представляти це підприємство та укладати від його імені зобов'язуючі угоди. Проте схвалення договору найвищим органом лізингоодержувача викликано наявністю в договорі лізингу особливого обов'язку (covenant) лізингоодержувача не змінювати складу власників часток (акцій) протягом дії договору лізингу. Зрозуміло, що рішення щодо виконання такого обов'язку може прийняти тільки орган, до компетенції якого належить прийняття рішень щодо цього.

Лізингоодержувач повинен представити лізингодавцю свої установчі документи, включаючи всі дані щодо бенефіціарів, менеджменту, фінансового стану та іншої інформації, яку лізингодавець може запросити від лізингоодержувача. Зазначена інформація може запитуватися на стадії підписання попереднього договору. Також лізингоодержувач представляє лізингодавцю копії всіх документів, що підтверджують його спеціальну правосуб'єктність: сертифікат експлуатанта, ліцензії на перевезення пасажирів та вантажу. Бажання лізингодавця отримати якнайбільше інформації щодо лізингоодержувача базується на небажанні лізингодавця нести відповідальність у випадку порушень, здійснених лізингоодержувачем, адже законодавство деяких країн передбачає обов'язок власника бути відповідальним за неналежну експлуатацію літака, якщо

він не доведе, що така експлуатація здійснювалася іншою особою.

Законодавство багатьох країн [15; 16] передбачає обов'язок їх експлуатантів узгодити договори лізингу з авіаційними властями на предмет дотримання безпеки польотів. Беручи зазначене до уваги, лізингоодержувач зобов'язаний узгодити текст договору лізингу з Державіаслужбою України. Як правило, до попередніх обов'язків лізингоодержувача входить представлення лізингодавцю доказів такого узгодження. Правила сертифікації експлуатантів, які передбачають обов'язок узгодження, не містять процедури такого узгодження та не передбачають обов'язок Державіаслужби представляти будь-які документи на підтвердження належного узгодження, що має наслідком для нещодавно створених перевізників доволі важкий та довгий процес узгодження договору. Для експлуатантів, що працюють на ринку України протягом тривалого часу та мають значний досвід у міжнародному перевезенні пасажирів (таких як «Аеросвіт», «МАУ», «Донбасаеро», «ВіндРоуз») та отриманні суден в лізинг, процес узгодження є швидким. Оскільки єдиним підтвердженням належного узгодження договору є реєстрація повітряного судна, що отримане за цим договором лізингу, іноді умову з узгодження договору переносять з розряду «попередніх» до розряду «послідовних» (conditions consequent).

Однією з обов'язкових попередніх умов договору оперативного лізингу є отримання лізингодавцем правового висновку (legal opinion) правника місця подальшої експлуатації літака щодо відповідності всіх умов лізингового договору вимогам права країни експлуатації літака, відсутності порушень лізингодавцем місцевого податкового, митного тощо законодавства [17], окреслення імперативних норм українського законодавства, що можуть обмежити застосування обраного сторонами права.

Договори лізингу передбачають обов'язок лізингоодержувача призначити в юрисдикції, обраній сторонами для вирішення спорів, процесуального агента (process agent). Проте таке призначення не надасть можливості уникнути формальностей щодо вручення повісток, передбачених Конвенцією про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних

справах завдяки застереженням, здійсненим Україною [18], у разі розгляду спорів у державних судах. Проте, якщо сторони домовилися розглядати спори між ними в нейтральній юрисдикції, тобто не в юрисдикції місця знаходження лізингодавця, лізингоодержувач може вимагати виконання схожого попереднього обов'язку від лізингодавця, якщо його країна не зробила схожого з Україною застереження. Наявність такого процесуального агента може значно скоротити строки належного повідомлення лізингодавця щодо судового процесу, ініційованого українською авіакомпанією.

Представлення лізингоодержувачем сертифікатів страхування повітряного судна за видами страхування узгодженими сторонами та в узгодженій сумі є іншою попередньою умовою, без виконання якої у лізингодавця не виникає обов'язку з передачі обладнання. Включення цієї вимоги до числа попередніх обов'язків пов'язана з тим, що після постачання повітряного судна лізингоодержувачу останній може негайно здійснювати перегоночний політ з місця постачання до України. Для впевненості, що лізингоодержувач зможе нести відповідальність за вимогами будь-яких осіб після постачання літака, лізингодавець і вимагає представлення сертифікатів страхування в числі попередніх умов.

До виконання попередніх обов'язків належить представлення лізингоодержувачем таких документів:

1) лист до Євроконтролю з наданням права лізингодавцю контролювати рівень здійснюваних проплат за аеронавігаційні збори по експлуатації отриманого повітряного судна. Деякі лізингодавці хотіли б отримати повноваження на отримання інформації щодо належності сплати зборів по всіх судах, що експлуатуються лізингоодержувачем. Така інформація може ілюструвати фінансове положення лізингоодержувача. Проте лізингоодержувачі не завжди згодні надавати такі широкі повноваження лізингодавцям. Бажання лізингодавців мати інформацію щодо заборгованостей по всіх судах базується на ст. 39 (1) (b) Кейптаунської конвенції, яка передбачає право надавача громадських послуг заарештувати або затримати як літак, щодо якого не сплачені аеронавігаційні та аеропортові збори,

так і будь-який інший літак цього експлуатанта. У разі накладення арешту на літак, його звільнення можливе лише у разі повної сплати заборгованості. Якщо ж літак, наданий в експлуатацію експлуатанту, знаходиться у фінансуванні і є заставленим на користь фінансистів (кредиторів), таку заборгованість доведеться сплачувати або лізингодавцю, або самим фінансистам;

2) довіреність з дереєстрації повітряного судна з реєстру цивільних суден України. Така довіреність вимагається лізингодавцем незважаючи на той факт, що Правила реєстрації цивільних повітряних суден в Україні [19] передбачають право власника здійснити таку дереєстрацію самостійно, хоча така дереєстрація буде мати наслідком неможливість отримати необхідне для експорту свідоцтво льотної придатності. Видачу довіреності можна розглядати як дань традиції, що склалася в галузі та базується на вимогах законодавства інших країн. У той самий час наявність такої довіреності дає більше впевненості лізингодавцю, що у разі суперечок з лізингоодержувачем він зможе самостійно експортувати повітряне судно. Лізингодавці вимагають безвідкличної довіреності. Проте чинне законодавство України не передбачає можливості видачі такої довіреності. Тож сторони повинні віднайти компроміс: або лізингоодержувач надає довіреність в Україні, або довіреність видається в країні, яка передбачає можливість видачі безвідкличних довіреностей. Варто зазначити, що лізингодавці віддають перевагу довіреностям, виданим безпосередньо виконавчим органом лізингоодержувача, а не особою, вповноваженою таким виконавчим органом. Оскільки відрядження директора лізингоодержувача разом з печаткою до іншої країни може бути дуже обтяжливим для лізингоодержувача, лізингодавці погоджуються приймати відкличні довіреності, видані в Україні;

3) безвідкличний дозвіл на зняття з реєстрації та експорт (irrevocable deregistration and export request authorization/IDERA), виданий у формі, передбаченій Кейптаунською конвенцією. Хоча Україна і не є учасницею цієї конвенції, лізингодавці схильні його мати на випадок ратифікації конвенції та можливості застосування такого дозволу.

До попередніх обов'язків лізингодавця



належить приведення загального стану повітряного судна на час постачання до узгоджених умов, якими, як правило, є:

1) повітряне судно повинно бути ретельно вимитим і прибраним та мати конфігурацію, затверджену лізингоодержувачем в плані розміщення пасажирів (LORA);

2) на повітряне судно повинні бути встановлені повні комплекти обладнання, деталей, аксесуарів, оснащення і запасного обладнання, які, як правило, встановлюються на повітряне судно для його тривалої експлуатації та служби, і повітряне судно (включаючи документи і записи, що його стосуються) має бути у стані, придатному для невідкладної експлуатації відповідно до вимог JAR-Ops 1 або Частини 121 Федерального регламенту з питань авіації (FAR) (якщо вони будуть застосовуватись), без будь-яких відмов або обмежень;

3) щодо повітряного судна отримано дійсне і необхідне для експорту свідоцтво льотної придатності, видане компетентними органами держави місця попередньої експлуатації судна, видане не раніше, ніж за 10 (десять) днів до дати постачання;

4) повітряне судно повинно бути придатним до експлуатації, а всі його системи повинні функціонувати в рамках вимог та лімітів заводу-виробника;

5) повітряне судно повинно відповідати вимогам всіх чинних розпоряджень та директив стосовно льотної придатності, що поширюються на дану модель повітряного судна з передбаченим строком збереження такої відповідності протягом строку, узгодженого сторонами, після запланованої дати постачання;

6) на повітряне судно повинні бути встановлені всі передбачені застосовними експлуатаційними бюлетенями продавця і заводу-виробника комплекти обладнання, безкоштовно отримані попереднім експлуатантом щодо повітряного судна, а якщо такі комплекти обладнання не встановлені, вони повинні бути безкоштовно надані лізингоодержувачу;

7) повітряне судно повинно мати зовнішнє оформлення за вимогами лізингоодержувача (йдеться про фарбування ліvreї літака згідно з фірмовим стилем лізингоодержувача та нанесення на корпус літака державного і реєстраційного знаків), якщо останній сплатив за таке оформлення відповідні кошти.

*Отже, при укладенні договорів лізингу повітряного судна український лізингоодержувач повинен приділяти увагу тому, щоб попередні обов'язкові умови встановлювалися не тільки щодо нього, а й щодо лізингодавця, і саме для цього ми і визначили зміст таких вимог у цій статті.*

#### ПРИМІТКИ

1. Кірик Т. В. Бібліометричний аналіз дисертаційних досліджень за ключовим словом «лізинг» в Україні / Т. В. Кірик // Вісник ЖДТУ. — 2011. — № 2 (56). — С. 101—104.

2. Якубівський І. Є. Договір фінансового лізингу : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. Є. Якубівський ; Львів. нац. ун-т імені Івана Франка. — Л., 2003. — 17 с.

3. Тараба Н. В. Зовнішньоекономічні угоди з комерційним фінансуванням : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / Н. В. Тараба ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2007. — 18 с.

4. Кафарський В. В. Інвестиційні договори в Україні: поняття, види, зміст, правове регулювання : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. В. Кафарський ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2006. — 20 с.

5. Січко Д. С. Правова природа лізингу в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. С. Січко ; Львів. нац. ун-т імені Івана Франка. — Л., 2006. — 19 с.

6. Різник В. С. Цивільно-правове регулювання лізингу в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. С. Різник ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2006. — 18 с.

7. Семерак О. С. Цивільно-правові аспекти регулювання та взаємного захисту іноземних інвестицій на практиці України, Угорщини, Польщі та Словаччини : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. С. Семерак ; Київ. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 1999. — 19 с.

8. Ілларіонов Ю. В. Лізинг: організаційно-правові аспекти (на прикладі корпоративного управління) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.07 / Ю. В. Ілларіонов ; Нац. акад. внутр. справ України. — К., 2002. — 18 с.

9. Юшко А. М. Переведення на іншу роботу : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.05 / А. М. Юшко ; Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2002. — 20 с.
10. Сафонов І. П. Правова регламентація державної підтримки аграрних товаровиробників : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.06 / І. П. Сафонов ; Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — 20 с.
11. Уханьова О. О. Правова регламентація лізингу як засобу сприяння технічному прогресу : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.04 / О. О. Уханьова ; Ін-т екон.-прав. дослідж. НАН України. — Донецьк, 2009. — 18 с.
12. Барабаш А. Г. Правове регулювання лізингових відносин в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.04 / А. Г. Барабаш ; НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. — Донецьк, 2004. — 18 с.
13. Трофімова О. В. Правове регулювання лізингової діяльності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.04 / О. В. Трофімова ; Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2005. — 20 с.
14. Логвинчук Р. П. Стадії укладення договору лізингу [Електронний ресурс] / Р. П. Логвинчук // Держава і право. — Вип. 47. — Режим доступу : [http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_gum/dip/2010\\_47/5-10.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_gum/dip/2010_47/5-10.pdf).
15. Про затвердження Правил сертифікації експлуатантів: наказ Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації від 20.09.2005 р. № 684 // Офіційний вісник України. — 2005. — № 52. — Ст. 3375.
16. Commission Regulation (EC) No 859/2008 of 20 August 2008 amending Council Regulation (EEC) No 3922/91 as regards common technical requirements and administrative procedures applicable to commercial transportation by aeroplane. Official Journal of the European Union. 20.09.2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:254:0001:0238:EN:PDF>.
17. Advanced Contract and Opinion Practices under the Cape Town Convention. Cape Town Papers Series, Volume 2. The Legal Advisory Panel of the Aviation Working Group: Published by Hart Publishing. — 66 p.
18. Конвенція про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах, до якої Україна приєдналася згідно із законом від 19.10.2000 р. № 2052-III // Офіційний вісник України. — 2000. — № 46. — 1 грудня. — Ст. 1974.
19. Про затвердження правил реєстрації цивільних повітряних суден в Україні : наказ Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації від 31.01.2006 р. № 67 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 8. — 7 березня. — Ст. 475.

**Цират Анна. Предварительные обязательные условия (conditions precedent) договоров лизинга воздушных судов.**

*В статье анализируется содержание предварительных обязательных условий договоров лизинга самолетов.*

**Ключевые слова:** вступление в силу, предварительные обязанности, лизингодатель, лизингополучатель.

**Tsirat Anna. Conditions precedent in aircraft lease agreements.**

*The author analyses content of conditions precedents in aircraft lease agreements.*

**Key words:** taking effect, preliminary liabilities, lessor, lessee.

УДК 347.2/.3

**Світлана Шимон,**

кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільного та трудового права Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова

## ЗАГАЛЬНІ ТА СПЕЦІАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ОБОРОТУ МАЙНОВИХ ПРАВ У ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

*Досліджуються спеціальні принципи зобов'язань, об'єктом яких є майнові права; окреслюється система принципів таких зобов'язань; обґрунтовується висновок про тотожність принципів обороту речових та зобов'язальних прав.*

**Ключові слова:** майнові права, оборот майнових прав, принципи зобов'язань.

### Система принципів зобов'язань з обороту майнових прав

Значення принципів у цивільному праві та, зокрема, в зобов'язальних правовідносинах є беззаперечним. Воно пояснюється, насамперед, пріоритетом диспозитивного регулювання в договірних зобов'язаннях, за якого принципи виявляються головним орієнтиром, що визначає зміст цивільних прав і обов'язків та дії сторін. Як відомо, загальні принципи як вихідні засади правового впливу слугують упорядкуванню суспільних відносин, забезпечують загальну спрямованість, єдність юридичної системи та основ правового регулювання [1]. Зрозуміло, що якщо принципи покликані забезпечити єдність правового регулювання, то вони не можуть не здійснювати регулятивного впливу; і в цьому сенсі вони не є нормами, але виступають джерелами права.

Система принципів договірних зобов'язань була і є предметом наукових розвідок, що присвячені загальним проблемам зобов'язань та зобов'язального права, механізму регулювання договірних відносин тощо, і висвітлюється в працях вітчизняних та російських вчених: Н. С. Кузнецової, С. М. Бервена, Т. В. Боднар, С. О. Погрібного, О. А. Гончарової, І. А. Полуяхтова, Б. І. Пугінського та інших цивілістів. Система принципів виконання зобов'язань, зобов'язального права в роботах цих науковців переважно представлена трьома групами: загальноцивілістичні (галузеві) принципи (свобода договору, свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом,

судовий захист цивільного права та інтересу); підгалузеві принципи, що притаманні лише нормам зобов'язального права (справедливість, добросовісність, розумність); та інституційні принципи (належного виконання, обов'язковості договору та співробітництва) [2; 3].

Метою нашої праці є визначення системи та змісту спеціальних принципів групи зобов'язань, об'єктом яких є майнові права.

Зауважимо, насамперед, що жоден принцип не формує конкретного правила поведінки, він має вищий ступінь абстракції, порівняно з нормою права. Принцип формує тип поведінки, відповідно до якого встановлюється конкретне правило поведінки суб'єкта в певній ситуації (суб'єктивні права та обов'язки), він виступає засобом, за допомогою якого це конкретне правило визначається.

Враховуючи те, що визначення поняття принципів не є предметом нашого дослідження, прийmemo за даність висновок, сформований нами в іншій праці [4], що принципами в цивільному праві є такі, що відповідають основним духовним началам та втілюють їх зміст, вимоги, яким підкоряється цивільно-правове регулювання суспільних відносин та поведінка суб'єктів. З цього слідує висновок, що принципами обороту майнових прав є закріплені в законі або такі, що відповідають його духовним началам, вимоги, яким підпорядковано правовідносини з відчуження (обороту) майнових прав та поведінку суб'єктів у цивільних правовідносинах, що з цим пов'язані.

На зобов'язальні правовідносини поширюються і загальні, й галузеві, й інституційні принципи; останні йменують-

ся в теорії «спеціальними» [5]. В межах предмета нашої уваги доцільно розмежувати ці терміни та вважати інституційними принципами, які притаманні всім договірним зобов'язанням, а ті, які поширюються саме на зобов'язання з відчуження майнових прав і не притаманні обороту інших видів об'єктів цивільних правовідносин, вважати *спеціальними*.

У науковій літературі питання про правила обігу майнових прав висвітлюється, зазвичай, побіжно; принципи, на яких ґрунтується оборот майнових прав, як самостійні не виокремлюються. Предметно це питання розглянув російський правник І. А. Полуяхтов і виділив такі принципи: *оповіщення, стабільності переходу права, добросовісності набувача права, причинності*, а також принципи, які ґрунтуються на особливостях, зумовлених абсолютним чи відносним характером суб'єктивного майнового права, яке є об'єктом обороту [6].

#### Вимога щодо оповіщення боржника

Принцип оповіщення, з позиції цього фахівця, означає, що передання суб'єктивного права має здійснюватися з обов'язковим повідомленням про цей факт боржника; спосіб повідомлення має встановлюватися законом або договором. Момент переходу суб'єктивного права є моментом оповіщення суб'єкта обов'язку про передання права. До цього часу правочин з передання права, як пропонує І. А. Полуяхтов, повинен мати юридичну силу виключно у відносинах між правопопередником та правонаступником. Вчений ототожнює таке оповіщення з публічністю [7].

На нашу думку, немає необхідності прив'язувати момент переходу права до моменту оповіщення боржника. Звісно, в даному випадку йдеться виключно про відчуження зобов'язальних прав (права вимоги). В багатьох випадках передання майнового права здійснюється одночасно з переведенням обов'язків, тоді правочин про це потребує згоди протилежної сторони. У випадках, коли здійснюється виключно передання права, згода боржника не вимагається, однак повідомлення боржника про зміну суб'єкта, на чю користь слід здійснити виконання, є умовою ефективної реалізації права та задоволення інтересів правонабувача.

Крім того зазначимо, що оповіщення не є тотожним публічності, це різні за своїм змістом принципи. Публічність є

обов'язковою для випадків відчуження зобов'язального права, яке виникло на підставі правочинів, що потребують нотаріального посвідчення, оскільки і правочини про відчуження таких прав також потребують нотаріального посвідчення, а права підлягають державній реєстрації. Гадається, тут радше слід вести мову про спосіб фіксації права, вірніше про тотожність форми правочину фіксації права та правочину з його передання.

Тому принцип оповіщення повинен полягати в тому, що про факт відчуження права має бути своєчасно повідомлено суб'єктові обов'язку (який забезпечує здійснення права) у спосіб, тотожний способу фіксації права, інакше виконання боржником первісному кредитору або призупинення ним виконання вважатиметься правомірним (ч. 2 ст. 516, ч. 2 ст. 517 ЦК України). Це правило стосується виключно обороту зобов'язального права вимоги і тих випадків, коли правочин про передання такого права вчиняється без участі боржника. Отже, вважати його принципом всіх зобов'язань, об'єктом яких є майнове право, недоцільно.

#### Стабільність, причинність та дійсність майнового права

Принцип стабільності переходу прав, з позиції І. А. Полуяхтова, полягає в тому, що в законодавстві слід встановити вичерпний перелік випадків, за яких допускається позбавлення правонаступника набутого ним права, а також гарантії швидкої та ефективної компенсації втраченого права за рахунок недобросовісної сторони. В цьому принципі, твердить вчений, реалізується головна умова життєздатності економічних відносин — стабільність прогнозованих результатів. На його думку, цей принцип охоплює й захист добросовісного набувача права від неправомочного відчужувача. Принцип стабільності має послідовно втілюватися в практиці застосування норм про недійсність правочинів. Автор пропонує в притосованні його до відступлення права вимоги створити систему спрощеного порядку стягнення сплачених цесіонарієм цедентові сум у випадку недійсності відступленої вимоги чи договору про її відступлення. Добросовісність набувача, в поясненні згаданого науковця, означає, що суб'єкт не знав і не повинен був знати про існування якогось факту чи події, що є перешкодою для набуття права [8].

Очевидно, що вказаний принцип виведено автором за аналогією до добросовісної поведінки набувача при придбанні речі у власність. Така аналогія видається не зовсім вдалою, це положення не повинно поширюватися на відносини, коли об'єктом є майнові права. Адже у разі, коли переданню підлягає річ, яка існує у фізичному світі, передається в натурі, її існування як конкретного блага не ставиться під сумнів. Тоді як у випадку, коли об'єктом обороту є майнове право, яке має ідеалістичну природу, існує лише юридично, акцент має бути зроблено на поведінці відчужувача: саме він обізнаний з тим, наскільки це майнове право гарантоване, чи має дійсну мінову вартість, і чи насправді відкриває шлях до набуття блага, яке становить кінцевий інтерес сторони. Іншими словами, чи є це право дійсним і чи може бути здійснене, і чи має боржник обов'язок виконання? Тому в цих відносинах важливе значення має не тільки добросовісність набувача, але, передусім, добросовісність відчужувача майнового права.

Принцип *причинності*, в баченні І. А. Полуяхтова, полягає в тому, що, по-перше, акт передання права залежить від дійсності основного договору, а, по-друге, мета передання права визначає характер наслідків і відтворюється в основному договорі [9]. Практично, в другій частині аргументації автор веде мову про обов'язково каузальний характер правочину з передання права, з чим слід погодитися. Стосовно ж першої частині аргументів зауважимо, що вони відображають не стільки аспект каузальності, скільки залежність долі правочину з передання майнового права від основного договору. Суб'єктивне право, яке передається, є елементом змісту зобов'язання, що виникло з основного договору; якщо він не є дійсним, то зобов'язання не існує, отже, суб'єктивним договором сторони передавали майно, то воно підлягає поверненню в порядку реституції. Відповідно, якщо у сторони (кредитора) існувало, скажімо, право вимоги щодо сплати коштів, внаслідок передання нею майна (речей) боржникові, то в результаті реституції їй повертається це майно (речі), а її право вимоги (щодо коштів) припиняє існування, отже, правочин з передання такого права вимоги також не може бути дійсним.

Нарешті, в зобов'язаннях з відчуження майнового права неможливо обійти

увагою питання про дійсність відчужуваного права, оскільки в протилежному випадку (за умови, що право не є дійсним) воно втрачає будь-які ознаки майнового блага і, відповідно, не виникає самого зобов'язання, об'єктом якого це право має виступати. Саме за дійсність відчужуваного права несе відповідальність первісний кредитор у випадках відступлення права вимоги (ст. 519, ч. 1 ст. 1081 ЦК України). Дійсність права означає, що існує конкретний суб'єктивний цивільний обов'язок, спрямований на задоволення вимоги, яка становить зміст цього права. Суб'єктивне майнове право є благом остільки, оскільки забезпечене суб'єктивним обов'язком, який є правовим засобом встановлення та існування права, реалізація останнього повністю залежна від здійснення обов'язку. Механізм здійснення конкретного суб'єктивного права не спрацьовує, якщо відсутній відповідний кореспондуючий праву обов'язок, а необхідність виконання обов'язку відповідає, якщо суб'єкт не здійснює свого права [10]. У зв'язку з цим дійсність відчужуваного права набуває характеру принципової вимоги щодо зобов'язань з обороту майнових прав.

### Специфіка принципів відчуження речових та зобов'язальних прав

Згаданий вище автор (І. А. Полуяхтов) вирізняє особливості обороту абсолютних та відносних суб'єктивних майнових прав. По-перше, носії абсолютних суб'єктивних прав зазвичай наділені певним символом-вказівником для третіх осіб: володіння річчю, реєстрація права, знак «копірайт» тощо. В той самий час виконуються і способи передання прав, які не супроводжуються символічними діями, що доступні для сприйняття третіми особами — *traditio ficta*. Аналогічна ситуація існує у випадках обороту майнових прав, тому ризики покладаються на учасників правовідносин з передання прав. По-друге, порядок виникнення абсолютного права визначає подальший порядок його залучення до цивільного обороту: державна реєстрація права тягне необхідність державної реєстрації його відчуження. По-третє, якщо правоволодільець абсолютного права передає частину своїх повноважень, то після припинення їх у протилежній сторони у правоволодільця відновлюється право у повному обсязі (еластичність права). По-чет-

верте, в абсолютних правовідносинах, де обов'язком є пасивна поведінка, найпоширеніші способи захисту пов'язані із заборонаю певних дій, відновлення порушеного стану. Звідси, якщо носій абсолютного права вступає у правовідношення, яке зумовлює конститутивне правонаступництво, то він не в змозі використовувати способи захисту абсолютного права, але зберігає таку можливість за межами відносин конститутивного правонаступництва.

Передача відносних прав має інші характерні риси. По-перше, оскільки саме право є нематеріальним, його передача вимагає «оречевлення», адже у таких випадках зростає ризик виконання неналежній особі. Звідси необхідність легітимації правонаступника — докази його статусу (договір, судові рішення, свідоцтво про спадщину тощо). Якщо легітимація вимагає згоди третьої особи (боржника, співвласника), то вона є активною, а якщо такої необхідності немає, то — пасивною. По-друге, передача права не повинно змінювати положення зобов'язаної сторони. По-третє, основний спосіб захисту — це виконання обов'язку в натурі. По-четверте, посягання на відносне правовідношення можливе і з боку третіх осіб, які не повинні порушувати спокійного порядку реалізації відносного правовідношення, тому захист у таких випадках є аналогічним до захисту абсолютного правовідношення; тут відносне правовідношення набуває якостей об'єкта абсолютного права [11].

Окремі з наведених особливостей є спірними. Так, порядок виникнення права впливає на подальший порядок його залучення до цивільного обороту і щодо абсолютних, і щодо зобов'язальних майнових прав. Наприклад, «Положення про порядок отримання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів і надання резидентами позик в іноземній валюті нерезидентам», затверджене постановою Правління НБУ від 17.06.2004 р. № 270 [12], передбачає обов'язкову реєстрацію кредитного договору Національним банком України. Згідно з п. 1.21 цього Положення договір між уповноваженим банком — первісним кредитором та нерезидентом про відступлення права вимоги набирає чинності з моменту реєстрації кредитного договору (з урахуванням змін про заміну кредитора). Таке правило має бути зафіксоване в самому правочині про відступлення права

вимоги. Тому таку ознаку не слід розглядати як притаманну саме обороту абсолютних прав, вона є загальною особливістю обороту всіх майнових прав.

Дискусійним є і твердження про те, що *traditio ficta* не супроводжується символічними діями, що здатні до сприйняття третіми особами. Якраз навпаки, фікційна традиція і являє собою символічну дію, яка замінює реальне передання товару, але достеменно свідчить про те, що цей акт слід вважати таким, що відбувся. Наприклад, вручення товаророзпорядчих документів є символічними переданням товару, і ця дія саме так сприймається третіми особами. Такий «символізм» є необхідним елементом будь-якого правочину, де об'єктом обороту виступає майнове право, оскільки фікційна традиція є єдиним можливим способом його передавання (укладення договору, вручення документів, які підтверджують дійсність права тощо). І саме в ньому виявляється вимога «оречевлення» відносного права, про яку веде мову згаданий автор. Тому саме через ідеалістичний характер майна, яке є об'єктом обороту, такий «символізм» притаманний всім випадкам обороту майнових прав — і абсолютних, і відносних, і виражається у фікції традиції.

Стосовно способів захисту зазначимо, що і на випадки обороту зобов'язальних прав поширюються способи захисту абсолютного (речово-правового) характеру. На нашу думку, проблема полягає в тому, що в наведеній позиції зроблена спроба розрізнити випадки передавання абсолютних та відносних прав за змістом прав, тоді як відмінності існують виключно в самому суб'єктові. Якщо він є носієм речового права, то передає певну правомочність (право користування), яка має ознаки і зобов'язального, і речового права; власник передає майнове право — частину певного свого повноваження. Практично, слід розрізнити два випадки. В першому майнове право передається (власником) у тимчасове користування з «поверненням» його власнику; насправді власник «створює» право (користування) на основі своїх виключних можливостей, а після «повернення» це право поглинається правомочностями власника. У другому — майнове право передається (кредитором) іншій особі у власність з повним припиненням його у правопередника (первісного кредитора).

*Підсумовуючи, можемо дійти висновків, що оборот майнових прав у межах зо-*

бов'язальних правовідносин підкоряється таким принципам: а) галузеві — свобода договору, свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом, неприпустимість зловживання цивільним правом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність, розумність, моральність; б) підгалузеві — обов'язковість договору; диспозитивність; реальне виконання та належне виконання зобов'язання; в) спеціальні (притаманні саме обороту майнових прав) — дійсність майнового права; добросовісність відчужувача права, каузальність правочину з передання права (загальні спеціальні принципи); співробітництва (між попереднім та новим кредитором щодо здійснення переданого права), тотожність форми правочину з фіксації права та правочину з передання права (принципи обороту зобов'язального

майнового права вимоги). Специфіка принципів реального виконання та добросовісності в таких видах зобов'язань зумовлена особливостями об'єкта, його ідеальною природою, а принцип співробітництва — наявним у цих випадках транслятивним правонаступництвом та можливістю набувача права досягти кінцевого інтересу вже поза межами договірних зобов'язання, об'єктом якого є майнове зобов'язальне право.

У контексті розгляду проблеми принципів виконання зобов'язань з відчуження майнового права і практичний, і теоретичний інтерес представляють питання про особливості вияву принципів реального виконання, добросовісності, співробітництва сторін договору, які й будуть предметом подальшої уваги в розрізі досліджень даної теми.

#### ПРИМІТКИ

1. Общая теория права : учеб. для юрид. вузов / Ю. А. Дмитриев, И. Ф. Казьми, В. В. Лазарев [и др.] ; под общ. ред. А. С. Пиголкина. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1996. — С. 156.
2. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Загальні положення) : навч. посіб. / Т. В. Боднар. — К. : Юстініан, 2007. — С.116.
3. Кузнецова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права України / Н. С. Кузнецова // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 9—15.
4. Шимон С. І. Співвідношення понять «ідеї» та «принципи» в цивільному праві / С. І. Шимон // Юриспруденція: теорія та практика. — 2008. — № 10. — С. 41—46.
5. Боднар Т. В. Зазнач. праця. — С.116.
6. Полуяхтов И. А. Гражданский оборот имущественных прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И. А. Полуяхтов. — Екатеринбург, 2002. — С. 40.
7. Там само. — С. 41, 43.
8. Там само. — С. 43—45.
9. Там само. — С. 47.
10. Вавилин Е. В. Механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / Е. В. Вавилин. — М., 2009. — С. 357.
11. Полуяхтов И. А. Зазнач. праця. — С. 53—58.
12. Положення про порядок отримання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів і надання резидентами позик в іноземній валюті нерезидентам : постанова Правління НБУ № 270 від 17.06.2004 р. [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0885-04/ed20101222>.

**Шимон Светлана. Общие и специальные принципы оборота имущественных прав в обязательствах.**

*Исследуются специальные принципы оборота имущественных прав; определяется система принципов таких обязательств; обосновывается вывод о тождестве принципов оборота имущественных вещных и обязательственных прав.*

**Ключевые слова:** имущественные права, оборот имущественных прав, принципы обязательств.

**Shimon Svitlana. General and specific guidelines to the turnover of property rights in commitments.**

*This work examines specific guidelines to the turnover of property rights; defines system of principles to such commitments; justifies conclusion about the identity of the principles of real property turnover and obligation rights.*

**Key words:** property rights, the turnover of property rights, the principles of commitment.

УДК 347.34.3

**Юлія Алексашина,**

аспірантка кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПІВ ДОБРОСОВІСНОСТІ, СПРАВЕДЛИВОСТІ, РОЗУМНОСТІ ПРИ ДОГОВІРНОМУ РЕГУЛЮВАННІ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН\*

*У статті досліджуються принципи добросовісності, справедливості, розумності та їх реалізація при договірному регулюванні відносин. Встановлюється, що на різних етапах існування договору (переддоговірні переговори, укладення договору, виконання договору) зазначені принципи будуть реалізовуватися по-різному.*

**Ключові слова:** договір, добросовісність, справедливість, розумність.

Основні засади, або принципи, цивільного права пронизують всі напрями приватного життя та реалізуються при здійсненні правового регулювання цивільних відносин, зокрема при договірному регулюванні. Одними із ключових засад, які реалізуються саме при укладенні та виконанні цивільно-правових договорів, є принципи добросовісності, справедливості, розумності. Зазначені принципи визначені в якості основних засад цивільного законодавства у ст. 3 ЦК України, а також є засадами зобов'язального права в силу ст. 509 ЦК України.

Дослідженнями поняття, ознак та застосування принципів добросовісності, справедливості, розумності в цивільно-правовій сфері в різні часи займалися різні дослідники, зокрема такі, як С. М. Бервено, Т. В. Боднар, Т. В. Дерюгіна, Н. С. Кузнецова, Р. А. Майданик, О. О. Мережко, Д. Г. Павленко, С. О. Погрібний, Ю. А. Тобота та ін. Однак серед дослідників немає єдиної позиції стосовно того, чи є добросовісність, справедливість, розумність єдиним принципом з різними проявами реалізації, чи це окремі принципи.

Так, на думку Р. А. Майданика, закріплений вітчизняним законодавцем принцип справедливості, добросовісності і розумності має визнаватися не сукупністю трьох принципів, а єдиним принципом, який проявляється в єдності

трьох взаємопов'язаних складових, що є традиційним для європейського приватного права (нім. *Treu und Glauben*; фр. *Bona Fideas* тощо) [1]. Подібної думки дотримується і Ю. А. Тобота, який робить висновок, що категорії справедливості, добросовісності, розумності, незважаючи на їх відмінності, мають спільні риси і взаємопов'язані, оскільки визначають окремі сторони (грані) поведінки учасників цивільних відносин, що обумовило необхідність поєднати зазначені категорії в один принцип [2]. У свою чергу, такі дослідники, як Т. В. Дерюгіна, С. М. Бервено, С. О. Погрібний, О. О. Мережко та ін. розглядають принципи добросовісності, справедливості, розумності окремо.

На наш погляд, поєднання добросовісності, справедливості, розумності в один принцип або їх роз'єднання не має великого практичного значення. Добросовісність, справедливість, розумність є, безумовно, взаємопов'язаними категоріями та впливають одна на одну. Однак реалізація цих принципів при укладенні та виконанні цивільно-правових договорів може різнитися.

Принцип добросовісності (*bona fides*) був однією із основоположних засад римського приватного права. У Стародавньому Римі даний принцип реалізовувався у зобов'язальному праві у вигляді так званих зобов'язань «доброї совісті» (*obligatio*

\* Рекомендовано до друку кафедрою цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.



bona fides). Договори «доброї совісті» прийшли на заміну «суворим» договорам (obligatio stricti iuris). І якщо «суворі» договори були засновані на формалізованих, застарілих правилах, а їх зміст визначався виключно формальними умовами, то зміст договорів «доброї совісті» визначався справжніми намірами сторін або звичаями ділового обороту, якщо такі наміри були незрозумілими.

В епоху Середньовіччя принцип добросовісності лежав в основі відносин між купцями, формуючи середньовічний lex mercatoria. Середньовічні юристи тлумачили принцип добросовісності таким чином: по-перше, кожна сторона договору має бути вірною своєму слову; по-друге, жодна зі сторін не може отримувати вигоду щодо другої сторони шляхом обману або примусу; по-третє, кожна сторона має виконувати зобов'язання, які визнає будь-яка чесна особа, навіть якщо ці зобов'язання не зафіксовані у договорі [3].

Пізніше принцип «доброї совісті» отримав свій розвиток у законодавстві більшості європейських країн. Вимога діяти по «добрій совісті» міститься у § 242 Німецького цивільного уложення та у ст. 2 Цивільного уложення Швейцарії. В Цивільному кодексі Франції у ст. 6 передбачається заборона порушення приватними угодами законів, що зачіпають суспільний порядок та добрі нрави. Відома категорія добросовісності й англо-американському праву. Так, у ст. 1-203 Уніфікованого торговельного кодексу США передбачається обов'язок добросовісної поведінки при виконанні зобов'язань. Відомий даний принцип і цивільному законодавству України.

Вітчизняні дослідники, визначаючи принцип добросовісності, здебільшого звертають увагу на його застосування в договірних відносинах. Так, Р. А. Майданік зазначає, що принцип добросовісності є одним із засобів обмеження принципу свободи договору сторін, способом утримання сторін від зловживання своїми правами при виконанні договору. Основне призначення цього принципу, вперше нормативно закріпленого вітчизняним законодавцем, вбачається в «наданні суддям більше можливостей з'ясувати в повному обсязі фактичні обставини справи і, насамкінець, встановити об'єктивну істину» [4]. С. О. Погрібний

аналізує добросовісність через призму регулювання цивільних правовідносин та зазначає, що, аби бути добросовісним, правове регулювання цивільних відносин має здійснюватися таким чином, щоб воно викликало схвальну оцінку з боку суспільної моралі, зокрема в аспекті відповідності засобів правового регулювання тим цілям, які перед ними ставляться [5]. На думку Н. С. Кузнецової, у межах зобов'язання засади добросовісності конкретизують як загальний обов'язок, що передбачає необхідність: а) кожній стороні зробити все, що взаємно полегшить виконання зобов'язання, і уникати того, що може їх ускладнити або унеможливити їх виконання; б) уникати порушення прав іншої сторони; в) дійсно робити спільно все, що необхідно для досягнення мети договору; г) надавати необхідну інформацію про виконання первісних дій з реалізації зобов'язання [6].

Прояв принципу добросовісності при договірному регулюванні відносин залежить від етапу існування відносин. Такий прояв буде дещо різнитися на етапах ведення переддоговірних переговорів, укладення договору, виконання договору та застосування наслідків невиконання цивільно-правового договору.

Так, на етапі ведення переддоговірних переговорів добросовісним буде надання сторонами одна одній всієї необхідної інформації, що має значення для прийняття рішення щодо укладення договору. Так, майбутній продавець має повідомити майбутнього покупця про особливості речі, що є об'єктом продажу. Відповідно, так має поводитися і майбутній наймодавець щодо наймача. Також добросовісність на переддоговірному етапі може проявлятися у наданні необхідних документів для ознайомлення, повідомленні про важливі факти, дотримання конфіденційності інформації, отриманої в ході переговорів, тощо.

На етапі укладення договору починає діяти п. 3 ст. 92 ЦК України, відповідно до якого орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень. У разі та-

кої поведінки органу юридичної особи укладені ними договори будуть вважатися укладеними юридичною особою.

Добросовісність на етапі укладення договору проявляється також у визначенні сторонами його умов. Так, наприклад, якщо сторона знайшла у надісланому іншою стороною договорі помилку, яка необумовлено змінює договір на користь першої сторони, добросовісним буде повідомити відправника про таку помилку та переробити договір.

Також добросовісність поведінки має бути імперативом, і не можна допустити можливість недобросовісного поводження навіть включивши це в договір. Як приклад можна навести постанову Вищого господарського суду України від 10.01.2012 р. № 5021/1197/2011, в якій суд визнав недобросовісними умови договору про надання послуг з правового обслуговування, в якому закріплена щомісячна оплата в сумі 30000 грн незалежно від того, чи надаються правові послуги, оскільки фіксація обсягу, періодичності надання цих послуг договором взагалі не передбачена, зазначивши, що це може лише слугувати інструментом для реалізації процедури фіктивного банкрутства [7].

Про прояв добросовісності на етапі виконання договору вдало зазначила Т. В. Боднар. На її думку, принцип добросовісності у зобов'язальному праві можна визначити як засаду, що передбачає сумлінну і чесну поведінку суб'єктів при виконанні своїх суб'єктивних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав у зобов'язальних правовідносинах [8]. Тобто на етапі виконання договору добросовісною буде поведінка сторони договору, спрямована на належне, вчасне виконання взятих на себе обов'язків. Крім того, добросовісність на етапі виконання договору може проявлятися у добросовісному тлумаченні умов договору, а також у незловживанні кредитором своїми правами.

І, нарешті, в разі невиконання або неналежного виконання договору добросовісність поведінки боржника проявлятиметься у добровільному виконанні вимог кредитора або у чесному веденні відповідного судового процесу, незастосуванні процесуальних диверсій тощо.

Поняття «справедливість» є скоріше моральною, ніж правовою категорією, та пов'язана із розумінням людства, що є добрим, а що — поганим. З правової точки зору розуміння справедливості було надано Конституційним Судом України, який у рішенні № 15-рп/2004 від 02.11.2004 р. зазначив наступне: «Справедливість — одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Звичай справедливості розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню» [9].

У договірному регулюванні відносин принцип справедливості перш за все реалізується на етапі укладення договору, узгодження сторонами його умов. Тут справедливими можуть вважатися умови, які передбачають еквівалентність зобов'язань сторін, подібні наслідки однакової поведінки. Так, наприклад, несправедливими будуть умови, які за прострочення виконання якогось обов'язку однією стороною покладатимуть на неї штрафні санкції, а за прострочення виконання свого обов'язку другою стороною — ніяких санкцій не передбачатимуть.

Також розуміння несправедливих та, відповідно, справедливих умов договору можна взяти із Директиви ЄС № 93/13/ЄС від 05.04.1993 р. «Про несправедливі умови у споживчих договорах». Відповідно до ст. 3 даної Директиви несправедливою буде умова договору, яка не обговорювалася індивідуально і в порушення вимоги добросовісності викликає значну невідповідність у правах та обов'язках сторін, що випливають із договору, на шкоду споживачу. А відповідно до ст. 6, якщо умова договору визнана несправедливою, вона не створює прав чи обов'язків для споживача, тобто є недійсною, а договір діє без несправедливої умови [10].

У разі порушення умов договору принцип справедливості буде проявлятися у застосуванні заходів, адекватних порушенню. Зокрема ч. 3 ст. 551 ЦК України встановлено, що розмір неустойки може

бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення. Згідно зі ст. 233 ГК України, у разі якщо належні до сплати штрафні санкції надмірно великі порівняно із збитками кредитора, суд має право зменшити розмір санкцій. При цьому повинно бути взято до уваги: ступінь виконання зобов'язання боржником; майновий стан сторін, які беруть участь у зобов'язанні; не лише майнові, а й інші інтереси сторін, що заслуговують на увагу.

Також на принципі справедливості ґрунтуються випадки, коли заподіяні збитки покладаються на групу осіб разом з потерпілим. Так, у випадку загальної аварії (ст. 277 Кодексу торговельного мореплавства України), коли для рятування судна треба викинути частину вантажу за борт, заподіяна тим самим шкода розподіляється між судном, фрахтом та вантажем.

Справедливість розподілу витрат має враховуватися також при розірванні договору у зв'язку із істотною зміною обставин. Відповідно до ч. 3 ст. 652 ЦК України у разі розірвання договору наслідок істотної зміни обставин суд, на вимогу будь-якої із сторін, визначає наслідки розірвання договору виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору.

Принцип розумності є одним з найважливіших у договірному праві. О. О. Мережко вірно зазначив, що розум є джерелом договору, а критерій розумності визначає його зміст та реалізацію [11].

В українському цивільному законодавстві така характеристика, як розумність, зустрічається доволі часто. Так, у ЦК України зустрічаються посилання на «розумний строк» (статті 564, 619, 666, 684, 700, 846, 938, 1004 та ін.), «розум-

ну плату» (статті 903, 916, 931), «розумні витрати» (ст. 1232) та на «розумність» як таку (статті 3, 509 тощо). Однак, незважаючи на таке часте застосування, легального визначення категорії «розумність» в законодавстві немає. Це є зрозумілим, адже однозначно передбачити, які дії будуть розумними, а які ні, неможливо в силу багатоманітності ситуацій, коли така оцінка має робитися.

У цивілістичній літературі автори для визначення критерію розумності часто відсилають до категорії «середньої людини», «звичайної людини». Так, В. І. Ємельянов писав, що під розумними слід розуміти дії, які здійснила би людина, що володіє нормальним, середнім рівнем інтелекту, знань та життєвого досвіду. Абстрактна людина, що володіє такими якостями, може бути названа розумною людиною [12].

*На наш погляд, безумовно, не можна вивести єдиний критерій розумності для всіх ситуацій, коли розумність поведінки аналізується. Так, наприклад, розумна плата за юридичні послуги залежатиме від того, хто надає такі послуги, якого плану послуги, в якому регіоні вони надаються та від багатьох інших факторів. Однак у кожній конкретній ситуації, оцінюючи всі зовнішні та внутрішні фактори у сукупності, можна зробити висновок, чи була поведінка особи розумною, адекватною, нормальною.*

*У договірних відносинах розумність проявляється більш за все на етапі виконання договірних зобов'язань. Критерій розумності застосовується тоді, коли сторони договору не встановили ті чи інші правила поведінки в договорі та їх не можна визначити виходячи із положень закону. Також розумними мають бути вимоги кредитора в разі невиконання або неналежного виконання договірних зобов'язань.*

#### ПРИМІТКИ

1. Майданик Р. А. Науково-практичний коментар до ст. 3 Цивільного кодексу України / Р. А. Майданик // Системи інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН, файл КК000873.ЛНТ.
2. Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Ю. А. Тобота. — Х., 2011. — С. 13.
3. Мережко А. А. Договір в частном праві / А. А. Мережко. — К. : Юстиніан, 2003. — С. 64.

4. Майданик Р. А. Зазнач. праця.
5. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України / С. О. Погрібний. — К. : Правова єдність, 2009. — С. 272.
6. Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України / Н. Кузнецова // Українське комерційне право. — 2003. — № 4. — С. 13.
7. Постанова Вищого господарського суду України від 10.01.2012 р. № 5021/1197/2011 // Системи інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН, файл SD120003.LHT.
8. Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві : монографія / Т. В. Боднар. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — С. 116.
9. Рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2004 від 02.11.2004 р. у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.
10. Директива ЄС № 93/13/ЄС від 05.04.1993 р. «Про несправедливі умови у споживчих договорах» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.znau.ru/law/eec/eec93-13.shtml>.
11. Мережко А. А. Зазнач. праця. — С. 74.
12. Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами / В. И. Емельянов. — М. : Лекс-Книга, 2002. — С. 15.

**Алексашина Юлия. Реализация принципов добросовестности, справедливости, разумности в договорном регулировании гражданских отношений.**

*В статье исследуются принципы добросовестности, справедливости, разумности и их реализация при договорном регулировании отношений. Устанавливается, что на разных этапах существования договора (преддоговорные переговоры, заключение договора, исполнение договора) указанные принципы будут реализовываться по-разному.*

**Ключевые слова:** договор, добросовестность, справедливость, разумность.

**Aleksashyna Julia. The realization of the principles of good faith, equity, reasonableness in the contract regulation of civil relationships.**

*In the article, the author analyzes the principles of good faith, equity and reasonableness and their realization in contracts. It was established that in different phases of contract existence (pre-contractual negotiations, contract signing, contract fulfillment etc.) those principles are realized differently.*

**Key words:** contract, good faith, equity, reasonableness.

УДК 347.124

Олексій Губар,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

## КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛОВЖИВАННЯ ЦИВІЛЬНИМИ ПРАВАМИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

*Розглядаються питання класифікації зловживання цивільними правами за законодавством України. Визначено особливості різних критеріїв класифікації, виявлено співвідношення і систему форм та видів зловживання цивільними правами у вітчизняному праві.*

**Ключові слова:** зловживання цивільними правами, класифікація зловживання цивільним правом, форми і види зловживання цивільним правом.

Поняття зловживання правом дає можливість виявити цю юридичну конструкцію як загальнородове явище, яке може доповнюватися та уточнюватися за допомогою класифікації зловживання правом. Такий підхід дає можливість розподілити це юридичне поняття за групами зловживальних актів у межах зловживання правом як загального роду, виявити найбільш типові випадки зловживання, тенденції формування нових видів і форм зловживання, визначити найбільш дієві методи їх подолання.

У сучасній юридичній науці і законодавстві чітко не визначено питання щодо класифікації, видів і форм зловживання правом, що ускладнює правильне тлумачення положення ст. 13 ЦК України про форми зловживання правом і перешкоджає формуванню одноманітної судової практики з цього питання.

Наведене зумовило мету зазначеного наукового дослідження, яка полягає в проведенні наукового аналізу існуючих підходів щодо класифікації зловживання правом та обґрунтуванні висновків щодо співвідношення і системи форм та видів зловживання правом у цивільному праві України.

Використання ст. 13 ЦК України терміна «форми» зловживання вимагає виявлення цього терміна, його співвідношення з категорією «вид». В юридичній літературі розрізняють внутрішню і зовнішню форми. Зокрема внутрішньою формою, наприклад, правової норми є система побудови, спосіб зв'язку частин, структура, яка певним чином організує зміст цієї норми. Зазвичай в літературі цю форму називають структурою право-

вої норми (гіпотеза, диспозиція, санкція). Зовнішня форма правової норми — це вираження зовні внутрішньо організованого змісту її. Зазвичай в літературі цю форму називають формою вираження права, нормативним актом або джерелом права в так званому формульному смислі (закон, указ, постанова тощо) [1].

З огляду на це, внутрішньою формою, тобто змістом такого явища, як зловживання правом, слід вважати єдність визначальних ознак, які є ustalеною комбінацією, становлять зміст і сутність зловживання правом, а зовнішньою формою буде виступати вираження зовні його організованого змісту.

У зв'язку з цим юридично коректно доцільно вважати дихотомічну класифікацію, основу якої становить ustalene поняття шикани, доповнене іншими формами зловживання як результат еволюції права і розширення переліку форм зловживання більш сучасними його модифікаціями. При цьому зрозуміло, що більш пізні форми зловживання правом формуються з попередніх шляхом поєднання різних юридичних елементів, що досить часто створює юридичні колізії і складні завдання для науки при розмежуванні відповідних форм зловживання правом.

У теоретичному плані класифікацію форм зловживання правом проводять за різними критеріями: 1) залежно від вини (навмисна, необережна, випадкова); 2) залежно від виду заподіяння шкоди (майнова, немайна (моральна)); 3) за суб'єктивним складом (юридичні та фізичні особи, публічно-правові утворення); 4) за предметом зловживань (за видами майна) —

річ, інше майно, особисте немайнове благо, результат інтелектуальної власності; 5) за об'єктами зловживань (влада, право, інтереси); 6) залежно від джерела виникнення зловживальних ситуацій (колізія норми права, прогалина права, «зла воля» носія права); 7) за обсягом у змісті юридичних норм (тобто за кількістю статей, які присікають можливі зловживання); 8) за зовнішніми критеріями (розумність, добросовісність тощо); 9) залежно від мети (виключно заподіяння шкоди, заподіяння шкоди й інша мета); 10) залежно від засобів зловживання (цивільне право або обов'язок) [2]; 11) за джерелами права (зловживання нормами закону, підзаконними нормативно-правовими актами, умовами договору, зловживання в обхід закону, тобто з використанням законотворчих або договірних прогалин і помилок); 12) за сферами або за типами суб'єктивного цивільного права (зобов'язальне право, право власності, обмежене речове право, право інтелектуальної власності, особисті немайнові права, відносини спадкування).

Зазначені вище класифікації зловживання правом ґрунтуються на застосуванні різних критеріїв класифікації, не всі з яких враховані законодавцем при нормативному закріпленні положень про форми зловживання правом.

Буквальний (граматичний) аналіз змісту ст. 13 ЦК України свідчить про заборону законодавцем таких чотирьох форм неналежної реалізації права: а) шикана — дія особи з єдиним наміром, тобто з прямим умислом, заподіяти шкоду іншій особі; б) використання особою своїх цивільних прав з метою обмеження конкуренції; в) зловживання домінуючим становищем на ринку, тобто створення монополістами сприятливих для себе умов на шкоду своїм контрагентам або споживачам; г) будь-які інші форми зловживання правом, які не підпадають під класифікацію перших трьох випадків.

Зловживання правом у формі шикани як дії з виключним наміром заподіяти шкоду іншій особі стало класичним прикладом зловживальної поведінки. При цьому окремі вчені визнають її єдиною формою зловживання правом і звідси роблять висновок, слід за М. М. Агарковим, про наявність лише проблеми колізійності цивільно-правових норм.

У цьому зв'язку в літературі слушно зазначається, що це не виключає можливості існування інших форм зловживання

правом, крім шикани, оскільки заподіяння шкоди іншій особі використанням права виключно заради свого задоволення — це доля психічно нездорових людей і являє собою хоч і яскраві, але рідкісні випадки. «Інші» форми зловживання правом будуть виступати не різновидами шикани, а паралельними їй формами і в межах змісту конструкції зловживання правом [3].

Аналіз шикани як дії з виключним наміром заподіяння шкоди іншій особі надає можливість проведення її відмежування від інших форм зловживання і визначення реально існуючої системи форм зловживання правом з урахуванням нормативного регулювання і тлумачення цих норм у правозастосовній практиці і доктрині права.

У цьому зв'язку в літературі слушно звертається увага на відсутність у ЦК України визначеного, закритого переліку форм зловживання правом, що допускає існування, поряд із шиканою, й інших форм зловживання. З огляду на характерний для шикани виключний намір заподіяння шкоди іншій особі, іншою формою зловживання вважається здійснення суб'єктивних прав без наміру завдати шкоду, але за фактичного заподіяння такого. В літературі з цього приводу зазначається, що «при цьому суб'єкт права може як допускати (та ігнорувати) настання таких наслідків, так і не звертати уваги на їх можливе настання» [4].

Підтвердженням зазначеного підходу є той факт, що цивільне законодавство містить окремі норми, які можуть бути віднесені до інших форм зловживання правом, наведених у ст. 13 ЦК, незважаючи на те, що в них сам термін «зловживання правом» не використовується. До числа таких норм належать правила ст. 352 ЦК України про викуп безгосподарно утримуваних пам'яток історії та культури, згідно з якою у разі якщо власник пам'ятки історії та культури не вживе заходів щодо її збереження, зокрема у зв'язку з неможливістю створення необхідних для цього умов, суд за позовом державного органу з питань охорони пам'яток історії та культури може постановити рішення про її викуп державою. Формою зловживання правом необхідно визнати і неналежне поводження власника з тваринами [5].

У наведених випадках йдеться про реалізацію належного власнику права, що веде до такого результату, який право і

правосвідомість вважають неприпустимими і такими, що вимагають правового впливу шляхом застосування правових наслідків такої поведінки у вигляді викупу майна за судом, що цілком охоплюється формулою інституту зловживання правом.

Слід водночас зазначити, що значний рівень неточності поняття зловживання правом як оціночної правової категорії, передбаченої ст. 13 ЦК України, сприяв обґрунтуванню в юридичній науці різних підходів щодо класифікації форм і видів зловживання правом.

Сучасний стан доктрини права, правозастосовної практики і нормативного регулювання конструкції зловживання правом, відображений в нормі ст. 13 ЦК України, зумовив існування окремих актуальних питань дискусійного характеру, які потребують як наукового аналізу та обґрунтування, так і пропозицій, спрямованих на вирішення цих проблемних питань.

Норма ст. 13 ЦК, яка, як відомо, поряд із шиканою містить посилання на зловживання правом «в інших формах», порушила низку важливих питань, зокрема: йдеться про шикану та її форми, чи законодавець має на увазі форми зловживання правом, крім шикани; чи існують інші форми, крім шикани; чи є недобросовісна конкуренція і зловживання домінуючим становищем, які зазначаються в ст. 13 ЦК, формами зловживання?

Багато сучасних авторів під формами зловживання правом розуміють конкретні практичні випадки, які виявлені судовою практикою і становлять безкінечну багатоманітність форм.

Частина авторів, навпаки, тільки з шиканою ототожнюють єдину форму зловживання правом, а всі інші випадки відносять до колізійних проблем самих юридичних норм.

Слід зазначити, що лише деякі із згаданих вище критеріїв відображають типові ознаки категорії «зловживання правом», а саме: наявність прихованої і забороненої мети, використання цивільного права (правомочності) або обов'язку як засобу для зловживання, виключність дії ст. 13 ЦК України, що зумовлена наявністю ситуації правової невизначеності і неможливістю внаслідок цього застосувати спеціальні цивільно-правові норми, які безпосередньо регулюють спірне право відношення.

Саме застосування критеріїв, які від-

ображають зазначені ознаки, в сукупності дає можливість не виходити за межі цього юридичного поняття, відобразити його специфічні прояви та полегшити кваліфікацію і відмежування зловживальних актів від суміжних правових категорій.

До такого роду критеріїв у літературі пропонується відносити класифікаційні ознаки за психічним ставленням суб'єкта до свого діяння (тобто залежно від вини і за видами умислу) і за такими зовнішніми, морально-етичного характеру, критеріями, як добросовісність і розумність, оскільки особа, яка зловживає правом, усвідомлює, що вона здійснює своє цивільне право недобросовісно і нерозумно.

Важливий критерій класифікації, який відображає визначальні риси зловживання правом, передбачає поділ зловживальних актів за видом заподіяної шкоди. Оскільки шиканою визнається дія суб'єкта виключно з наміром заподіяти шкоду, то однією з умов прояву шикани буде обов'язкова наявність подібної шкоди для іншої особи. З огляду на це, до інших форм зловживання правом логічно відносити недобросовісні дії носія права, які не мають своїм результатом об'єктивну шкоду. При цьому відмінним від наявної шкоди можуть бути, наприклад, загроза заподіяння шкоди; загроза порушення чужого права; «заціпання» інтересів тих чи інших осіб; «блокування» чужих прав тощо.

Іншим критерієм кваліфікаційного характеру є мета заподіяння шкоди іншій особі, оскільки саме прихована і незаконна мета становить одну з найважливіших ознак зловживальної поведінки. З огляду на те, що вирізняльна ознака шикани полягає в наявності виключної мети — заподіяння шкоди іншій особі, то всі інші відмінні від шикани форми зловживання правом будуть у своєму прояві мати як мінімум одну, зовні цілком правомірну мету. З цього приводу заслуговує на увагу позиція авторів, які вважають, що практично до форм зловживання правом, крім усього, можна віднести дії, які мають не конкретну мету — заподіяння шкоди іншому, а мету, спрямовану на задоволення власного егоїстичного інтересу з байдужим ставленням до того факту, заподіюється цим шкода іншій особі чи ні [6].

Залежно від мети зловживання правом у літературі пропонується виділяти такі форми: а) зловживання правом з єдиним наміром, тобто з виключною метою — заподіяти шкоду іншій особі (шикана);

б) зловживання правом з метою збагачення, тобто з метою отримання майнової вигоди (наживи); в) зловживання правом з метою уникнення (ухилення) від виконання своїх обов'язків; г) зловживання правом з метою перешкоджання, блокування реалізації суб'єктивних прав кредиторів на їх захист і відновлення [7].

У літературі слушно зазначається, що за недобросовісною поведінкою частіше за все ховається певна корисна мета — отримання в тому чи іншому вигляді майнової вигоди. Загальним принципом кондикції залишається сформульоване Помпонієм правило: «Згідно з природою справедливо, щоб ніхто не збагачувався на шкоду іншій особі» [8].

Як найбільш поширену форму зловживання правом у літературі виділяють дію особи з конкретною метою — уникнення, ухилення від виконання своїх цивільно-правових обов'язків. Але і в цьому випадку уповноважений суб'єкт посилається на ту чи іншу норму права (правомочність) або умову договору, які, на думку О. В. Волкова, не дають йому можливості виконати свій обов'язок. При цьому суб'єкт має фактичну можливість виконати своє зобов'язання [9].

Найбільш витонченою формою зловживальної поведінки вважаються дії з метою перешкоджання, блокування реалізації суб'єктивних цивільних прав кредиторів на їх захист і відновлення. На думку О. В. Волкова, частіше за все подібна форма проявляється при пред'явленні кредитором до суду вимоги до боржника, який як заперечення при цьому висуває ті чи інші зустрічні вимоги. В більшості випадків ця форма являє собою суб'єктивну сторону зловживання правом на захист, але інколи являє собою власні зловживальні схеми (наприклад, реалізація майна з метою приховання (ухилення) від виконання законних вимог кредиторів) [10].

Переважає більшість інших критеріїв класифікації, які нерідко пропонуються в юридичній науці, не відображають визначальні ознаки цієї правової категорії, а тому не сприяють кваліфікації і відмежування зловживання правом від суміжних юридичних конструкцій.

Так, розмежування форм зловживання правом за суб'єктом характерне як для зловживання, так й інших ситуацій недобросовісної поведінки осіб. У цьому випадку більш характерним є застосування відмінностей становища внаслідок економічної нерівності учасників правовідношення (на-

приклад, монополіста і фізичної особи-споживача), що знайшло юридичне оформлення в конструкції прав споживача на посиленій судовий захист як більш «слабкої» сторони таких відносин.

Не має юридичного характеру класифікація форм за об'єктом зловживань — влада, право або інтереси, що мають швидше значення кордонів, до яких може поширюватися поняття зловживання правом. З точки зору цивільного права не виникає цивільно-правової категорії «зловживання правом», коли наявне зловживання певними владними (публічними) правами, як і при зловживанні інтересами, що являють собою недозрілі права, а тому не мають режиму цивільного права і не можуть виступати засобом зловживання для цілей цивільного права [11].

У цьому контексті заслуговують на увагу твердження окремих авторів про особливості зловживання правом щодо комплексних сфер відносин. Так, А. П. Белов вбачає необхідність розгляду поняття зловживання правом стосовно зовнішньоекономічної діяльності [12]. Видається, що в цьому випадку слід вести мову про застосування конструкції зловживання правом у межах цивільних правовідносин, за якими припустиме застосування хоч і термінологічно схожих, але за характером інших категорій, які обслуговують публічні правовідносини, оскільки категорія «зловживання цивільним правом» не може застосовуватися до публічних правовідносин за аналогією закону чи аналогією права.

Заслугує на увагу пропозиція проводити класифікацію «внутрішніх» форм зловживання правами із застосуванням двох критеріїв: 1) залежно від засобів зловживання правом; 2) за метою зловживальних актів.

На думку О. В. Волкова, засіб зловживання правом є тим чи іншим цивільним правом (обов'язком), на яке формально спирається суб'єкт зловживання, а в техніко-юридичному плані — це та чи інша норма, або частина норми, або сукупність норм у цивільному праві, застосовуючи яку особа здійснює недобросовісні дії. Класифікація цих засобів шляхом їх деталізації, на думку автора, формує чотири форми зловживання правом: зловживання правом власності; зловживання немайновими правами (вимогами) і, особливо, зловживання правом на свободу укладення договорів та формування їх умов; зловживання цивільно-правовими обов'язками; зловживання правом на за-



хист (у тому числі й можливостями ст. 10 ЦК РФ — ст. 13 ЦК України, відповідно).

Необхідність розподілу зловживання правом на чотири форми пояснюють, по-перше, теоретичним поділом всіх прав на речові та зобов'язальні, а по-друге — особливостями самих зловживальних актів, які враховують і відображають особливості відповідного типу суб'єктивного цивільного права [13].

Ряд авторів, ґрунтуючись на термінологічній схожості, доводять, що іншими формами зловживань правами є випадки, про які йдеться в спеціальних нормах ЦК, санкції яких пов'язані з порушенням економічного призначення того чи іншого майна і позбавленням тим чи іншим способом цивільного права, яке використовується як засіб вчинення шкідливих дій. Прихильники такого підходу вважають, що інші форми зловживання правом поширюються на випадки, які об'єднують шість статей ЦК України: 1) ст. 32 («Неповна цивільна дієздатність фізичної особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років»); 2) ст. 36 («Обмеження цивільної дієздатності фізичної особи»); 3) ст. 352 («Викуп пам'ятки культурної спадщини»); 4) Припинення права власності та інших речових прав на тварин за рішенням суду шляхом їх оплатного вилучення або конфіскації у разі жорстокого поводження з ними (ст. 12 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» від 21 лютого 2006 р. № 3447-IV); п. г) ст. 141 ЗК України («Припинення права користування земельною ділянкою у разі використання її не за цільовим призначенням»); п. а) ст. 143 ЗК України («Примусове припинення прав на земельну ділянку у судовому порядку у разі використання земельної ділянки не за цільовим призначенням»; виселення з жилих приміщень осіб, які самоправно зайняли жиле приміщення або проживають у будинках, що загрожують обвалом (ст. 109 ЖК України); (і в деяких інших випадках).

Слід зазначити, що схожі випадки передбачені нормами ЦК РФ, які також можуть бути об'єднані за цими критеріями як інші форми зловживання правом: 1) ст. 26 («Дієздатність неповнолітніх у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років»); 2) ст. 30 («Обмеження дієздатності громадянина»); 3) ст. 240 («Викуп безгосподарно утримуваних цінностей»); 4) ст. 241 («Викуп домашніх тварин при неналежному поводженні з ними»);

5) ст. 284 («Вилучення земельної ділянки, яка не використовується у відповідності з його призначенням»); 6) ст. 293 («Припинення права власності на безгосподарно утримуване житлове приміщення»).

Ототожнення при цьому проводиться за ознакою порушення економічного призначення того чи іншого майна. Інша причина, за якою окремі автори об'єднують згадані шість статей ЦК в єдину категорію «інших форм зловживання цивільним правом», полягає в тому, що в усіх цих статтях негативним наслідком, який настає для суб'єкта права, є позбавлення тим чи іншим способом цивільного права, що використовується як засіб вчинення шкідливих дій [14].

Інший підхід ґрунтується на поділі форм зловживання правом залежно від форм вини в шкідливих діях носія права.

У цьому випадку основу розподілу зловживань правом на форми (види) зазвичай становлять юридичні критерії оцінки шкоди і правової природи суспільних відносин, тобто факт того, охоплюється воно сферою правового регулювання чи ні.

У зв'язку з цим залежно від того, яким суспільним відносинам заподіюється шкода в процесі здійснення права в суперечності з його призначенням, зловживання правом класифікують на зовні правомірні, але такі, що суперечать «духу права» і протиправні (ті, що суперечать «букві закону»). Залежно від характеру заподіяної шкоди протиправні зловживання право класифікують на злочини й інші правопорушення [15].

Значного поширення набула класифікація, яка ґрунтується на буквальному тлумаченні положень ч. 3 ст. 13 ЦК України і дає підстави для виокремлення двох основних форм зловживання правом у вигляді «дії з наміром завдати шкоду» та «зловживання в іншій формі» [16].

Певною модифікацією цього підходу є запропонована в літературі класифікація двох конкретних форм зловживання правом, яка ґрунтується на критерії вини або спрямованості на заподіяння шкідливого результату при здійсненні права: а) дія з прямим умислом; б) дія без наміру заподіяти шкоду, але яка об'єктивно заподіює шкоду іншій особі (такого підходу, зокрема дотримується Є. О. Суханов) [17].

Такий підхід ґрунтується на застосуванні суб'єктивної ознаки при класифікації: зловживання правом з прямим умислом і застосування права без умислу,

тобто без «зла», але «за фактом», що заподіює шкоду іншим особам.

Ряд авторів дотримується класифікації за критерієм застосування недозволених засобів здійснення цивільного права, яка методологічно ґрунтується на сформульованій свого часу В. П. Грибановим концепції зловживання правом як здійснення суб'єктивного цивільного права недозволеними способами (засобами). Прихильники такого підходу до форм зловживання правом відносять реалізацію наданих юридичних свобод недозволеними засобами (прикладом слугує випадок, коли автор твору вибере псевдонім, здатний ввести публіку в оману [18]).

У цьому ж контексті до форм зловживання правом належать і недозволені засоби захисту (наприклад, для захисту від крадіжки застосовуються засоби, які смертельно небезпечні для оточуючих). Під недозволеними засобами в даному випадку пропонуються розуміти сам предмет, який використовується особою при своєму зловживальному акті, що по суті може становити безкінечну багатоманітність предметів як матеріального, так і ідеального світу [19].

Заслугує на увагу запропонована О. О. Поротиковою класифікація, яка пропонує за метою зловживання дій виділяти дві форми зловживання — шикану та інші форми зловживання правом. При цьому шикана, на думку автора, обмежується лише несприятливими відносинами і не поширюється на підприємницькі відносини в сфері цивільного обороту, оскільки останні за визначенням мають іншу мету, поряд із заподіянням шкоди, яка полягає в систематичному отриманні прибутку.

У цьому зв'язку зазначається, що зловживання правом в інших формах можливе в таких сферах (які по суті є видами зловживання правом): 1) при здійсненні корпоративної діяльності, в тому числі недобросовісна конкуренція і зловживання домінуючим становищем, недобросовісна реклама [20]; неналежне використання найменування юридичної особи, товарного знаку та інших об'єктів промислової власності; поведінка, пов'язана з неналежним використанням прав із цивільно-правових договорів, наприклад, права на відмову від надання або отримання кредиту [21], права на звернення векселя до стягнення тощо [22]; 2) у відносинах, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю учасників цивільного обо-

роту, при здійсненні права власності і при неналежному використанні інших прав; 3) діяння, пов'язані з реалізацією авторських та суміжних прав [23]; 4) при недотриманні меж здійснення батьківських прав і прав осіб, які замінюють батьків [24].

У літературі обґрунтовуються різні підходи щодо поділу форм зловживання на види зловживання правом залежно від характеру (типу) цивільного права, яке є засобом зловживання.

Так, О. О. Поротикова виділяє три групи (блоки) правовідносин і пов'язаних з ними видів зловживання цивільним правом: 1) зловживання при здійсненні права власності та інших речових прав, в тому числі: а) сусідські взаємовідносини, б) зловживання правом власності на тварин, в) зловживання правом власності на культурні, історичні тощо цінності, г) зловживання правами, які впливають з режиму спільної власності на майно; 2) зловживання правами при створенні, управлінні діяльністю і припиненні юридичних осіб; 3) зловживання сімейними правами [25].

Запропонована автором класифікація ґрунтується на застосуванні критерію окремих видів цивільних прав, які виступають засобами зловживання правом.

О. В. Волков наводить перелік із десяти видів зловживання правом: 1) зловживання повноваженнями органів і представників юридичної особи; 2) зловживання правом на вільне формування умов договору (неустойки, проценти умови відшкодування збитків, завдаток, застава тощо), в тому числі «зловживальне» ухилення від укладення договору); 3) зловживання правом за допомогою укладення цивільно-правових угод, направлених на ухилення від сплати податків або на необґрунтоване відшкодування з коштів державного бюджету; 4) зловживання правом при процедурі ліквідації боржника (у тому числі при проведенні процедури банкрутства); 5) зловживання правом шляхом укладення угод з реалізації майна, призначеного до задоволення претензій кредиторів (у тому числі угоди реорганізації юридичної особи); 6) зловживання за допомогою «абстрактних» цивільно-правових зобов'язань — векселів; 7) зловживання правом на залік зустрічних вимог (бездіяльність); 8) зловживання правом за допомогою позовів про визнання правочинів, актів недійсними (або такими, що не відбулися); 9) зловживання правом на відмову в захисті пра-

ва за допомогою ст. 10 ЦК РФ (зловживання «правом на право»); 10) зловживання іншими способами захисту прав, передбаченими і не передбаченими ст. 12 ЦК РФ [26].

У даному випадку автор фактично пропонує проводити класифікацію видів зловживання правом за критерієм засобу зловживання, тобто залежно від виду цивільного права.

При цьому всі вищезазначені підходи не мають на меті визначити виключний перелік існуючих видів зловживання і концентруються на висвітленні окремих, найбільш актуальних на сьогодні випадках зловживання правом.

Разом із тим важливим недоліком існуючих у сучасній юридичній науці підходів щодо класифікації видів зловживання правом полягає в тому, що такий поділ не завжди узгоджується, а інколи дублюється з класифікацією форм зловживання, що нівелює наукову і практичну цінність таких класифікацій.

У зв'язку з цим формування системної класифікації зловживання правом має ґрунтуватися на застосуванні ідеї дуалістичності (двох) рівнів такої класифікації; перший рівень мають становити форми зловживання, другий — види відповідних форм зловживання правом.

Проведений аналіз існуючих у доктрині підходів щодо класифікації зловживання цивільним правом дає підстави для висновку про те, що найбільш системно класифікацію зловживання цивільним правом може бути проведено шляхом послідовного поділу зловживання правом на форми (за метою — виключний або визначальний намір завдання шкоди іншій

особі) і види відповідної форми (залежно від засобу зловживання правом — цивільне право; цивільний обов'язок; право на захист), що дає можливість виявити форми зловживання правом і властиві відповідній формі види зловживання.

Класифікація за цим критерієм формує дві форми зловживання правом: 1) шикана (дії, спрямовані виключно на завдання шкоди іншій особі і відсутній законний інтерес); 2) зловживання цивільним правом з невиключним і неодноразовим наміром заподіяння шкоди, доповненим невизначальним законним інтересом.

Кожна із зазначених форм зловживання правом може бути поділена на види і підвиди залежно від засобу зловживання, тобто від виду суб'єктивного права або правомочності як елементу правоздатності, якими зловживають.

За цим критерієм кожна з форм зловживання правом може бути поділена на такі дві групи видів зловживання правом: 1) зловживання правомочностями як елементом цивільної правоздатності, зокрема: а) використання цивільних прав з метою обмеження конкуренції і зловживання домінуючим становищем на ринку; б) зловживання «переддоговірними» правами (при підготовці та укладенні договорів); в) зловживання цивільними обов'язками; 2) зловживання окремими видами суб'єктивних цивільних прав: а) корпоративними; б) речовими; в) зобов'язальними; г) особистими немайновими правами; г) правами інтелектуальної власності; д) батьківськими правами і правами осіб, які замінують батьків.

#### ПРИМІТКИ

1. Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) / Д. А. Керимов. — М., 2000. — С. 173.
2. Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики : монография / А. В. Волков. — М. : Волтерс Клувер, 2009. — С. 292.
3. Там само. — С. 299.
4. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав : монографія / М. О. Стефанчук. — К. : КНТ, 2008. — С. 128—129.
5. Садиков О. Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России / О. Н. Садиков // Хозяйство и право. — 2002. — № 2. — С. 41.
6. Волков А. В. Знач. праця. — С. 293—294.
7. Там само. — С. 299.
8. Памятники римского права: Законы XII таблиц, Институции Гая, Дигесты Юстиниана. — М., 1997. — С. 215; цит. за: Волков А. В. Знач. праця. — С. 300.
9. Волков А. В. Знач. праця. — С. 300.
10. Там само. — С. 300.
11. Там само. — С. 293—294.

12. Белов А. П. Злоупотребление правом во внешнеэкономической деятельности [Электронный ресурс]. — Режим доступа : www.wci.ru; Пороотикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом / О. А. Пороотикова. — М. : Волтерс Клувер, 2007. — С. 174.
13. Волков А. В. Зазнач. праця. — С. 296—297.
14. Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами / В. И. Емельянов. — М., 2002. — С. 66.
15. Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / М. М. Хміль. — Х., 2005. — С. 11.
16. Стефанчук М. О. Зазнач. праця. — С. 121.
17. Гражданское право : учебник : в 2 т. / отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М., 2000. — Том 1. — С. 25.
18. Там само.
19. Волков А. В. Зазнач. праця. — С. 291.
20. Федеральный закон РФ от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе» // СЗ РФ. — 1995. — № 30. — Ст. 2864; цит. за: Пороотикова О. А. Зазнач. праця. — С. 172.
21. Детальніше див.: Гурский А. Кредит обеспечен — значит, открыт? / А. Гурский // Бизнес-адвокат. — 1999. — № 20; Федоренко Н. В. Обзор практики разрешения Арбитражным судом Ростовской области споров с участием банков / Н. В. Федоренко, Т. Д. Пипник // Вестник ВАС РФ. — 2001. — № 5.
22. Детальніше див.: Мельников О. О. Правовые проблемы новации долга в заемное обязательство / О. О. Мельников // Вестник ВАС РФ. — 1999. — № 6; Медведев М. Простой вексель не прост и опасен / М. Медведев // Бизнес-адвокат. — 2000. — № 2; Наумова Л. Взыскание хромает исполнением / Л. Наумова // Бизнес-адвокат. — 2001. — № 15—20; Бурмистров Р. Е. Недобросовестные действия и преступные злоупотребления с векселями / Р. Е. Бурмистров // Нотариус. — 2000. — № 4 (24).
23. Пороотикова О. А. Зазнач. праця. — С. 172—173.
24. Антокольская М. В. Семейное право : учебник / М. В. Антокольская. — М., 1996. — С. 227—240; Фадеева Т. А. Личные и имущественные отношения между родителями и детьми / Т. А. Фадеева // Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 1998. — Ч. 3. — С. 383—388 и др.; цит. за: Пороотикова О. А. Зазнач. праця. — С. 173.
25. Пороотикова О. А. Зазнач. праця. — С. 192, 192—239.
26. Волков А. В. Зазнач. праця. — С. 302.

**Губар Алексей. Классификация злоупотребления гражданскими правами по законодательству Украины.**

*Рассматриваются вопросы классификации злоупотребления гражданскими правами по законодательству Украины. Определены особенности различных критериев классификации злоупотребления правами, выявлено соотношение и система форм и видов злоупотребления гражданскими правами в отечественном праве.*

**Ключевые слова:** злоупотребление гражданскими правами, классификация злоупотребления гражданскими правами, формы и виды злоупотребления гражданскими правами.

**Gubar Alexey. Classification of abuse of civil rights under the legislation of Ukraine.**

*The problems of classification of abuse of civil rights under the legislation of Ukraine are considered. The features of the different criteria for the classification of abuse of civil rights, the relationship and system of form and types of abuse of civil rights in domestic law are cleared up.*

**Key words:** abuse of civil rights, the classification of abuse of civil rights, forms and types of abuse of civil rights.

УДК 347.214.21

**Олег Ільків,**викладач кафедри теорії, історії держави і права та філософії  
Міжнародного економіко-гуманітарного університету  
імені академіка Степана Дем'янчука**ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЖИТЛА ЯК ОБ'ЄКТА НЕРУХОМОСТІ\***

*Стаття присвячена аналізу правового режиму житла як об'єкта нерухомості. Досліджуються ознаки житла як виду нерухомості. Обґрунтовуються пропозиції щодо вдосконалення механізму правового регулювання житла як об'єкта цивільних правовідносин. З'ясовується правова природа обтяжень права власності на житлові приміщення.*  
**Ключові слова:** житло, об'єкти нерухомості, правовий режим житла, обтяження прав на нерухомість.

Об'єктами цивільних правовідносин є речі. Останні, залежно від поділу їх на рухомі та нерухомі, мають різний правовий режим як у статичній, так і в динамічній. Зміна правового режиму нерухомості може пов'язуватися з переходом права власності на таку річ.

Правовий режим об'єктів нерухомості в цивільному обігу має важливе значення в контексті захисту прав та охоронюваних інтересів осіб-власників (співвласників). Адже порушення прав власників (співвласників) можливе внаслідок вчинення правочинів, предметом яких є нерухомість. Законодавством встановлений порядок і форма переходу прав власності на об'єкт нерухомості. Але останні стосуються зовнішніх форм опосередкування переходу речових прав. В основі переходу лежить волевиявлення власника (співвласників), яке здійснюється в передбаченій законом формі.

Таким чином, зміна правового режиму залежить від об'єктивних та суб'єктивних факторів. До перших належить порядок, визначений законодавством. Другий залежить від волевиявлення власника об'єкта нерухомості, внаслідок чого об'єкт нерухомості може бути обтяжений речовими правами. Однією з підстав виникнення цих прав є договір, укладений між власником нерухомості та набувачем. Звідси сторони можуть змінити правовий режим нерухомості шляхом погодження умов зміни останнього в договорі. В зв'язку з чим виникає питання меж зміни правового режиму нерухомості, яка є об'єктом цивільного обігу.

Законодавець визначає форму і порядок переходу речових прав на нерухоме майно до набувача, встановивши обов'язкову форму з нотаріальним посвідченням та державною реєстрацією цих прав.

Правовий режим нерухомого майна визначає права та обов'язки власників (уповноважених осіб). Зазначені права та обов'язки залежать від різноманітних факторів, що впливають на правовий режим нерухомості. Тому обсяг прав, порядок їх реалізації буде визначатися правовим статусом власника (уповноваженої особи), видом власності, наявністю обтяжень (обмежень), підставою набуття власності, формою власності. Правовий режим визначається через сукупність нормативних приписів і умов, погоджених самими учасниками правовідносин.

Правовий режим речі визначається її місцезнаходженням згідно зі ст. 38 Закону України «Про міжнародне приватне право» [1]. Відповідно до цієї статті «Право власності та інші речові права на нерухоме та рухоме майно визначається правом держави, у якій це майно знаходиться, якщо інше не передбачено законом. Належність майна до нерухомих або рухомих речей, а також інша класифікація майна визначається правом держави, у якій це майно знаходиться». Тому правовий режим нерухомості, що знаходиться на території України, визначатиметься законодавством України.

Регламентация правомочностей власника залежить також від виду власності. Щодо державної власності характерне визначення суб'єктів, покликаних нею

\* Рекомендовано до друку кафедрою теорії, історії держави і права та філософії Міжнародного економіко-гуманітарного університету імені академіка Степана Дем'янчука.

управляти, та їх компетенція. Так, Законом України «Про управління об'єктами державної власності» [2] до кола суб'єктів управління об'єктами державної власності віднесено Кабінет Міністрів України, Фонд державного майна України, міністерства та інші органи виконавчої влади. Для використання державного та комунального майна держава та територіальні громади створюють державні та комунальні юридичні особи, що мають компетенцію щодо володіння, користування та розпорядження певним майном.

Правовий режим нерухомості може визначитися призначенням останньої. Так, житловий будинок може використовуватися для проживання власника, членів його сім'ї та інших осіб, і не має використовуватися для виробничо-господарських цілей. В іншому випадку житлове приміщення у встановленому законодавством порядку переводиться у нежитловий фонд.

Правовий режим нерухомості впливає на правомочності власника щодо володіння, користування та розпорядження об'єктом нерухомості. Володіння речю на законних підставах є правом власника та уповноважених ним осіб. У розумінні правового режиму нерухомості значення володіння проявляється в тому, що, як зазначалося вище, деякі об'єкти нерухомості не можуть бути у власності окремих суб'єктів або предметом цивільного обігу. Правом володіння може бути наділена особа, яка не є власником речі, наприклад на підставі договору. Право володіння може встановлюватися законом, заповітом, рішенням суду.

Право користування тісно пов'язане з фактичним пануванням над речю, під яким розуміється володіння. В зарубіжній цивілістичній доктрині часто розрізняють право користування в двох площинах: використання натуральних властивостей речі та цивільне, яке полягає у використанні шляхом отримання доходу. Зміст права користування значною мірою залежить від характеристики самої речі. Об'єкти нерухомості є речами неспоживчими, тому їх використання завжди має триваючий характер.

До правомочностей власника також належить право розпорядження. Останнє безпосередньо пов'язується з волевиявленням, яке втілюється в об'єктивну форму поведінки. Вольовий аспект проявляється у можливості управомоченої

особи, в даному випадку власника, визначити юридичну долю об'єкта права власності. Цивільно-правові наслідки виникають у разі дотримання вимог закону та достатнього обсягу дієздатності. Одним із факторів, що обмежують право розпорядження, є обмежена, часткова або неповна недієздатність власника, а також визнання його недієздатним. Загалом обсяг дієздатності не впливає в об'єктивному аспекті на правовий режим речі. Але його зміна в суб'єктивному аспекті пов'язується з певними, передбаченими законодавством обставинами (дозволами) або взагалі неможлива. Наприклад, недієздатна фізична особа не може обтяжити шляхом укладання договору, сервітутом певну нерухомість.

Таким чином, однією із підстав зміни правового режиму речі є волевиявлення власника або іншої уповноваженої особи, як юридичний факт, який встановлює, змінює чи припиняє цивільні права та обов'язки. Волевиявлення повинно бути вільним, з дотриманням вимог законодавства щодо його дійсності. Результатом можуть бути певні обтяження у вигляді сервітутних прав, обмежень, підстав володіння тощо.

Найбільш поширеними підставами зміни правового режиму нерухомості є закон і договір. Це, зокрема, стосується обтяжень нерухомості. Так, згідно зі ст. 402 ЦК України [3] сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом або рішенням суду.

Щодо житла, як об'єкта нерухомості, можна виокремити такі ознаки, що характеризують його правовий режим.

1. Зв'язок із землею житлових будинків капітального типу.
2. Призначення для круглорічного проживання.
3. Державна реєстрація права власності та обтяжень.
4. Правомочності власника житла та осіб, які мають право на користування житлом.
5. Вид житлового фонду.

Деякі з них мають спільні критерії визначення правового режиму житла з іншими об'єктами нерухомості. Наприклад, зв'язок із землею, наслідком якого є неможливість переміщення об'єкта нерухомості без шкоди для використання його за призначенням, є визначальним для всіх об'єктів нерухомості. Водночас специфіка житлових об'єктів дозволяє в

деяких випадках їх переміщення в просторі. Це стосується, зокрема, дерев'яних будівель, які є експонатами в музеях під відкритим небом. У даному випадку змінюється правовий режим житлового будинку як об'єкта нерухомості. У разі технічної можливості його розібрання з метою переміщення на нове місце з наступним монтажем — йдеться про музейний експонат, який не можна вважати об'єктом нерухомості.

Аналогічна ситуація з об'єктами малих архітектурних форм (МАФ). Їх не можна відносити до об'єктів нерухомості з огляду на критерії, за якими визначається нерухомість відповідно до положень ЦК України.

Так само встановлюється правовий режим розбірно-збірних конструкцій типу садових будинків, лотків тощо. В даному випадку йдеться про правовий режим елементів складної речі, яку не можна вважати нерухомістю. Однак слід викремлювати об'єкти нерухомості, що складаються з окремих конструктивних елементів, які після монтажу утворюють єдину цілісність, відповідаючи критеріям нерухомості, визначеним цивільним законодавством. До них належать об'єкти, змонтовані з окремих будівельно-монтажних конструкцій, які відповідають техніко-юридичним параметрам житла і призначені для постійного проживання.

Техніко-юридичні критерії віднесення будівлі до житла встановлюються будівельними нормами та правилами і житловим законодавством. Важливе значення для визначення правового режиму житлових об'єктів мають нормативні акти, які регулюють містобудівну та архітектурну діяльність. До них належать Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності» [4] та Закон України «Про архітектурну діяльність» [5], із змінами та доповненнями до нього [6]. Ці нормативні акти визначають вимоги до житлових приміщень, у тому числі й санітарно-гігієнічні вимоги.

Таким чином, житло як об'єкт цивільно-правових відносин можна розглядати в двох площинах:

— об'єкт, що відповідає критеріям нерухомої речі;

— нерухомість, яка має визначені законодавством ознаки житла.

Зазначені чинники є взаємопов'язаними. За відсутності одного із них не мож-

на віднести певний об'єкт до нерухомості у вигляді житла. Житлом може бути окрема будівля (будинок) із підключеною інженерною інфраструктурою, яка забезпечує його експлуатацію, або житлового приміщення в будинку, призначеного для проживання. Окремо слід виділити гуртожитки, як будівлі, що також призначені для проживання. Правовий режим гуртожитків істотно відрізняється від правового режиму житла як виду нерухомості загалом. Мешканці гуртожитків державної форми власності зможуть приватизувати кімнати, в яких вони проживають понад п'ять років і не мають власного житла. Згідно із чинним законодавством, безкоштовно можна буде приватизувати приміщення з розрахунку санітарної норми 21 кв. м загальної площі на кожну особу в родині та додатково 10 кв. м на сім'ю. Надлишок площі дозволяється викупити. Згідно із Законом України від 21.06.2012 р. «Про Загальнодержавну цільову програму передачі гуртожитків у власність територіальних громад на 2012—2015 роки» планується передати у власність територіальних громад 1058 гуртожитків, і вже після цього людям можна приватизувати помешкання. В 2011 р. із державної форми власності до комунальної перейшло 158 гуртожитків. За цільовою програмою, зокрема, у власність територіальних громад планується передати: у 2012 р. — 214 гуртожитків; у 2013 р. — 263 гуртожитки; у 2014 р. — 294 гуртожитки; у 2015 р. — 287 гуртожитків [7].

Таким чином, правовий режим житла в гуртожитках залежить від виду власності нерухомості. На даний час частина з них є власністю юридичних осіб. При цьому багато з них включено до статутних фондів юридичних осіб різної організаційно-правової форми. Частина передана у власність територіальних громад, що дозволяє їх приватизувати і, відповідно, змінити правовий режим.

На будинки гуртожитків, які є складовою частиною статутного капіталу юридичних осіб, поширюється положення законодавства, яке регулює відповідні організаційно-правові форми цих структур. Найчастіше йдеться про господарські товариства, зокрема — акціонерні товариства. Рішення, що стосуються таких юридичних осіб, приймаються з дотриманням приписів законодавства, яке регулює діяльність цих структур.

Зокрема необхідно врахувати положення законів України «Про господарські товариства» [8], «Про акціонерні товариства» [9] тощо. Суперечності в законодавстві, яким регулюється статус гуртожитків як об'єктів житла, негативно впливає на визначення їх правового режиму в цивільному обороті.

З одного боку, правовий режим нерухомості не міняється для гуртожитків залежно від статусу суб'єкта права власності. Незалежно від того, хто є власником будівлі гуртожитку, останній залишається об'єктом нерухомості. Водночас слід констатувати, що від виду власника — територіальної громади, юридичної чи фізичної особи — залежить специфіка правового режиму зазначених об'єктів нерухомості в цивільному обороті. Якщо будівля гуртожитку є елементом складеного капіталу акціонерного товариства, то рішення щодо розпорядження цим об'єктом приймається в порядку, передбаченому Законом України «Про акціонерні товариства». Адже згідно з названим законом об'єкт нерухомості є власністю господарського товариства.

У разі передання об'єкта у власність територіальної громади правовий режим нерухомості визначається з урахуванням особливостей законодавства про місцеве самоврядування. Нерухомість у вигляді будівель гуртожитків буде комунальною власністю. Це надає можливість приватизації відповідно до законодавства житла в гуртожитках фізичними особами, які мають на це право. В такому разі повноваження щодо визначення юридичної долі помешкання в гуртожитку належатиме його власнику — фізичній особі.

Таким чином, правовий режим житла певною мірою залежить від статусу суб'єкта, який є власником житла. Це стосується порядку прийняття рішення про визначення юридичної долі житлового приміщення, меж повноважень власника, підстав та правових наслідків припинення права власності. Отже, правовий режим житла залежить також від виду житлового фонду. Особливості пов'язані з правовим режимом відомчого, державного (комунального), приватного, службового та інших видів житла. Залежно від того, до якого виду житлового фонду належить житло, буде визначатися його правовий режим. Так, службове житло не може бути самостійним об'єктом цивільного обороту без зміни його

правового режиму. Власник службового житла може визначити його юридичну долю. Але в такому випадку об'єктом правовідносин буде нерухомість, призначена для проживання. Водночас особа, яка має право користування службовим житлом, не може бути учасником інших цивільних правовідносин, предметом яких є займане нею житло.

Від правового режиму житла залежать повноваження власника щодо його розпорядження. В даний час непоодинокі випадки укладення цивільно-правових договорів, у тому числі засновницьких, умовою яких є передання житлових будинків (гуртожитків) до статутного капіталу господарських товариств разом із користувачами житла [10]. На нашу думку, необхідно чітко розмежувати правовий режим житла як об'єкта нерухомості. Право користування житлом інших осіб (не власників житла), слід розглядати як обтяження нерухомості — житловий сервітут. Тому права осіб, які на законних (договірних) підставах мають право користування житлом, необхідно трактувати як обтяження житлової нерухомості.

Так, у м. Донецьку інвестори не можуть поділити квартири в одній з новобудов, оскільки компанія-підрядник зникла. Люди, котрі інвестували в квартири свої кошти, плекали надію поселитись у новій оселі ще в 2007 р. Проте будинок і досі не здали в експлуатацію, а в самій новобудові відтепер на одну квартиру претендують по чотири особи. Як виявилось, компанія-підрядник, яка гарантувала інвесторам дах над головою, двічі, а то й тричі, продавала одне і те саме приміщення різним людям. Таким чином, сьогодні практично всі квартири в будинку мають кількох власників. Також, як невдовзі з'ясували інвестори будинку, з'явився третій претендент на квартири — банк. Дім мали ввести в експлуатацію в II кварталі 2007 р. Інвестори подали заяву до прокуратури про порушення кримінальної справи за фактом шахрайської схеми продажу квартир [11].

Щоб запобігти таким негативним явищам, необхідно вдосконалити механізм правового регулювання відносин з обігу житла. Слід розрізнити купівлю-продаж майнових прав на нерухомість і нерухомість як річ. З метою недопущення випадків продажу квартир у недобудованих будинках необхідно передбачити в нор-



мативних актах положення, що предметом купівлі-продажу може бути новостворене житло, яке прийняте у встановленому законодавством порядку. Таким чином, предметом договору купівлі-продажу в недобудованих жилих будинках можуть бути майнові права на нерухомість. Лише після закінчення будівництва та прийняття об'єкта нерухомості в експлуатацію житло може бути предметом договору купівлі-продажу.

Відповідно, реєстрація житла як об'єкта нерухомості повинна пов'язуватися з реєстрацією обтяження на житло у вигляді прав інших осіб на користування житлом. Останні можуть вини-

кати на підставі договору, закону або рішення суду. Таким чином, правовий режим житла як об'єкта нерухомості може бути обтяжений правами інших осіб на користування житлом. Тому при здійсненні правочинів із житлом, зверненні стягнення на житло, як об'єкт нерухомості, необхідно враховувати, що житлові приміщення є предметом регулювання не лише житлових правовідносин, а й відносин власності та пов'язаних з цим обтяжень. Отже, і правовий режим житла слід визначати, виходячи із зазначених вище особливостей регулювання названих сфер суспільних відносин.

#### ПРИМІТКИ

1. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
2. Про управління об'єктами державної власності : Закон України від 21.09.2006 р. № 185-V // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 46. — Ст. 456.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — №№ 40—44. — Ст. 356.
4. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 34. — Ст. 343.
5. Про архітектурну діяльність : Закон України від 20.05.1999 р. № 687-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 31. — Ст. 246.
6. Про внесення змін до Закону України «Про архітектурну діяльність» : Закон України від 01.08.2006 р. № 58-V // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 39. — Ст. 342.
7. Про Загальнодержавну цільову програму передачі гуртожитків у власність територіальних громад на 2012—2015 роки : Закон України від 21.06.2012 р. № 4995-VI // Урядовий кур'єр. — 2012. — 8 серпня.
8. Про господарські товариства : Закон України від 19.09.1991 р. № 1576-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
9. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50—51. — Ст. 384.
10. Кокіна В. Чим ризикують мешканці гуртожитків / В. Кокіна, Є. Тютюнник, О. Вергіль // Урядовий кур'єр. — 2012. — 25 липня.
11. Кондратьєва О. Будівельний бізнес без державного контролю, або Як інвестору легше втратити свої гроші / О. Кондратьєва // Юридичний вісник України. — 2012. — № 4. — С. 11.

#### **Ильквиз Олег. Правовой режим жилья как объекта недвижимости.**

Статья посвящена анализу правового режима жилья как объекта недвижимости. Исследуются признаки жилья как вида недвижимости. Обосновываются предложения по совершенствованию механизма правового регулирования жилья как объекта гражданских правоотношений. Выясняется правовая природа обременения права собственности на жилые помещения.

**Ключевые слова:** жилье, объекты недвижимости, правовой режим жилья, обременения прав на недвижимость.

#### **Ikiv Oleh. Legal regime of housing as property.**

The article analyzes the legal regime of the housing as property. Investigates the characteristics of housing as a form of real estate. Substantiated proposals for improving the mechanism of regulation of housing as an object of civil relations. Explains the burdens legal nature of ownership of the residential premises.

**Key words:** accommodation, real estate, legal status of housing rights, encumbrances on real estate.

УДК 347.122/347.15

**Олександра Хортюк,**

помічник судді Апеляційного суду Київської області

## СУТНІСТЬ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

*У статті досліджено теоретичні та практичні аспекти правової охорони ділової репутації та запропоновано удосконалення правового механізму забезпечення основних прав і свобод юридичної особи.*

**Ключові слова:** ділова репутація, охорона, захист, юридична особа, охорона ділової репутації.

Однією з важливих проблем цивільно-права є питання про визначення обсягу поняття «цивільно-правова охорона ділової репутації юридичної особи» та з'ясування її сутності і значення для правильності застосування норм, що регламентують відповідні суспільні відносини. Проблема охорони ділової репутації юридичної особи загалом є актуальною для удосконалення чинного вітчизняного цивільного законодавства.

Незважаючи на значну кількість наукових досліджень різних аспектів поняття «охорона ділової репутації», перелік ознак та їх характеристика в сучасній цивілістиці продовжує залишатися неоднозначною, і підходи науковців до пошуків вирішення проблеми істотно відрізняються. Та й у сучасних умовах можливість захисту ділової репутації юридичної особи стала більш реальною, проте все ще існує ряд неузгодженостей і прогалин у законодавстві, які спричиняють виникнення конфліктних ситуацій.

Загалом удосконалення цивільного законодавства України значною мірою пов'язане з інтеграцією у європейську спільноту. Відповідно потребує гармонізації національне законодавство із законодавством країн Європейського Союзу і Світової організації торгівлі. Цей факт також обґрунтовує потребу у розробці теоретичних основ проблематики охорони права на ділову репутацію юридичної особи.

Право регулює ділову репутацію юридичної особи, закріплюючи права і обов'язки, гарантії реалізації відповідного права. Держава через встановлення норм забезпечує визнання правильної оцінки діяльності юридичної особи, визначає правопорушення, яким може порушуватися право на ділову репутацію. При цьому суб'єктивне право на ділову репутацію

юридичної особи можна охарактеризувати як забезпечену законом можливість юридичної особи здійснювати не заборонені законом дії, спрямовані на формування і використання ділової репутації, а також вимагати від третіх осіб утримуватися від посягань на неї.

Правове регулювання і правова охорона — поняття взаємопов'язані, але не тотожні: правове регулювання — це більш широке поняття, яке виходить за межі лише цивільно-правових норм, а правова охорона передбачає як попередження, так і припинення правопорушень. Забезпечується і охороняються державою не право на ділову репутацію, а власне ці соціальні блага. Таким чином, нормами права має здійснюватися не тільки охорона особистих немайнових прав, а й конкретне визначення обсягу таких прав, зокрема ділової репутації, а також відповідні обов'язки.

Метою наукової статті є розкриття змісту та сутності цивільно-правової охорони ділової репутації юридичної особи на основі всебічного аналізу праць провідних науковців і положень нормативно-правових актів. Оскільки загальна кількість наукових праць, присвячених цьому інституту, є значною, а напрямом досліджень — найрізноманітніші: від визначення загального поняття до детальної характеристики, надалі здається доцільним зосередитися на аналізі лише тих наукових праць, які безпосередньо або, хоча б значною мірою, стосуються основної проблематики цієї статті.

У першу чергу, до таких наукових досліджень варто віднести праці, в яких розглядаються проблеми визначення поняття «ділова репутація» юридичної особи, пов'язані з характеристикою цивільно-правової охорони її ділової репутації.

Варто зазначити, що на обсяг поняття «цивільно-правова охорона ділової репутації юридичної особи» має вплив обсяг правосуб'єктності юридичної особи. Відповідно до правосуб'єктності юридичної особи В. Д. Фролов включає до неї такі елементи, як правочиноздатність — здатність здійснювати правочини; деліктоздатність — здатність нести відповідальність за правопорушення; бізнесіездатність — здатність займатися підприємницькою діяльністю юридичної особи [1].

Однак у цьому контексті варто включити до поняття юридичних осіб і особи публічного права. Тому слушно видається позиція дослідниці цивільно-правових відносин І. В. Саприкіної про необхідність роз'яснення у постанові Пленуму Верховного Суду України положення, що «діловою репутацією може володіти орган державної влади, зокрема, в силу свого статусу в державі, особливого порядку створення, функціонування, припинення діяльності, враховуючи те, що такий орган не належить до числа юридичних осіб, діяльність яких направлена на одержання прибутку або на задоволення потреб громадян» [2].

В. Є. Макода пропонує розмежовувати поняття «правовий захист» і «правова охорона» і розуміти під цивільно-правовим захистом «заходи, спрямовані на поновлення чи визнання прав у разі порушення чи оспорювання їх» [3].

На думку І. О. Дзери, необхідно чітко розмежовувати право на захист цивільних прав у матеріальному і процесуальному значенні [4]; цивільно-правовий захист дослідниця визначає як систему активних заходів, які застосовуються суб'єктом цивільного права, компетентними державними чи іншими органами, спрямовану на усунення порушень цивільного права чи інтересу, покладення виконання обов'язку з відновлення порушеного права на порушника [4]. Фактично йдеться про примусові заходи відновлення або компенсації шкоди за порушені права.

А. О. Кодинець пропонує визначити право на захист як правову можливість уповноваженої особи використовувати заходи правоохоронного характеру з метою запобігання правопорушенню, припинення його наслідків, поновлення порушеного права та забезпечення виконання юридичного обов'язку [5]. Таким чином, висловлюється тотожна з попередньою позиція про зв'язок захисту із правопорушенням.

Вітчизняними цивілістами пропонується визначити право на захист як мож-

ливість особи використовувати заходи правоохоронного характеру з метою запобігання правопорушенню, припинення його наслідків, поновлення порушеного права та забезпечення виконання юридичного обов'язку [6].

О. В. Піхурець визначає охорону права ділової репутації юридичної особи як сукупність заходів, спрямованих на визнання права на ділову репутацію та припинення порушення такого права, а зміст охорони права ділової репутації юридичної особи полягає у можливості застосування особою дозволених законом заходів власного примусового впливу на правопорушника, у можливості застосування юридичних заходів оперативного впливу та в можливості звернутися до компетентних державних органів з вимогою про охорону порушеного права чи права, що заперечується [7].

Цивільне право, на думку Р. Б. Шишки, має орієнтуватися не на охорону відносин, а на охорону прав та законних інтересів суб'єктів цивільного права; для цього встановлюється правовий режим об'єкта цивільних прав; охорона, здійснюється основним і допоміжним шляхом через визначення правового становища суб'єктів та правового режиму об'єктів [8].

Завершуючи аналіз змісту поняття «охорона ділової репутації юридичної особи», зазначимо, що охорона права на ділову репутацію юридичної особи є складовою частиною механізму охорони прав юридичної особи взагалі на міжнародному і національному рівнях. Вона забезпечується у двох площинах: публічній — як елемент загальної системи забезпечення правопорядку, та у приватній — як засіб забезпечення й охорони прав і законних інтересів юридичної особи. Таким чином, цивільно-правова охорона ділової репутації полягає у встановленні основної глобальної ідеї приватного права, метою якої є забезпечення інтересу юридичної особи. Тобто правова охорона встановлюється на користь юридичної особи та в її інтересах.

Охорона ділової репутації юридичної особи відображає юридично закріплену можливість використовувати цивільно-правові форми та способи правоохоронного характеру. Дійсно, норми, які визнають і забезпечують реалізацію певного права, є первісними, оскільки пов'язані з установленням прав і обов'язків, однак, крім того, охоронні правовідносини регламентують випадки, коли порушено права і не виконано обов'язки, коли права та інтереси учасників правовідносин

або кожної особи, всього суспільства потребують заходів правового захисту.

Досить часто охорона ділової репутації юридичної особи пов'язується з таким засобом забезпечення встановлених законом прав і обов'язків, як юридична відповідальність. Відповідно до ЦК України виконання цивільних обов'язків забезпечується засобами заохочення та відповідальністю, які встановлені договором або актом цивільного законодавства [9]. У цій нормі закріплено зв'язок між юридичною відповідальністю і охороною цивільних прав, зокрема і права юридичної особи на ділову репутацію.

Юридична відповідальність є засобом забезпечення виконання юридичних обов'язків з боку зобов'язаних осіб, дотримання ними прав інших суб'єктів, поновлення цих прав, зокрема, і за рахунок правопорушника.

Саме тому цілком обґрунтовано можна стверджувати, що деліктні зобов'язання є одним із видів цивільних охоронних правовідносин, тому у визначення поняття «цивільно-правова охорона ділової репутації юридичної особи» будемо включати і цю особливість досліджуваного поняття. Адже юридична відповідальність покликана забезпечити захист права юридичної особи на ділову репутацію від посягань на нього, а у випадку їх порушення і заподіяння шкоди забезпечує відновлення інтересів потерпілого.

Юридична відповідальність, на думку В. Д. Примака, і цивільна відповідальність як її вид покликані забезпечити дотримання встановленого правопорядку (що передбачає виконання всіма особами звернених до них правових приписів, нормальний перебіг відповідних правовідносин та безперешкодне здійснення фізичними і юридичними особами належних їм прав), тому доречним виглядає й твердження про те, що саме у захисті суб'єктивних прав учасників цивільних відносин і полягає призначення цивільно-правової відповідальності [10].

Відповідальність настає у цивільному праві за невиконання зобов'язання, а тому реалізується у межах саме охоронних правовідносин, які виникають у момент вчинення правопорушення. Але не варто ототожнювати цивільно-правову відповідальність і цивільно-правовий захист, на нашу думку, це є поняття, що за змістом частково пересікаються. Адже цивільно-правовій відповідальності притаманна компенсаційна функція, яка є окремим проявом властивої усім способам охорони

і захисту цивільних прав, оскільки вони мають не тільки різні підстави виникнення, а й різні функції. Обов'язковими ознаками цивільно-правової відповідальності є негативні несприятливі наслідки для правопорушника; їх осуд і можливість державного примусу, тоді як при цивільно-правовому захисті такі несприятливі наслідки не є обов'язковими.

Таким чином, формулюємо наступне визначення: права охорона ділової репутації юридичної особи — це сукупність правових норм та заходів, спрямованих на гарантування, реалізацію права на ділову репутацію юридичної особи, а також на захист такого права шляхом його визнання, припинення порушення, а також притягнення винної особи до юридичної відповідальності.

Загалом складовими поняття «цивільно-правова охорона» є: зацікавленість суспільства і держави в її здійсненні; можливість забезпечення здійснення суб'єктивного цивільного права (матеріальний аспект); можливість реалізації права на захист суб'єктивного цивільного права (процесуальний аспект). Тому процесуальний аспект, на нашу думку, є необхідною складовою цивільно-правової охорони ділової репутації юридичної особи.

Закріплена законодавством процедура звернення за захистом порушеного права передбачає можливість звернення за судовим захистом, а носієм такого права є юридична особа або її повноважний представник.

Право на звернення за судовим захистом включає, на думку І. В. Саприкіної, «подання до суду позовної заяви чи скарги, можливість подання до суду зустрічного позову чи заперечення проти нього, можливість брати участь у розгляді справи, користуватися усіма процесуальними правами, вимагати винесення рішення та право вимагати примусового виконання судового рішення. Кожен із цих елементів існує за наявності відповідних передумов, у певних часових межах і реалізується у певній специфічній формі» [11].

*Таким чином, держава має враховувати проблематику охорони прав юридичної особи при прийнятті тих або інших рішень, тому навіть вирішення глобальних проблем, приміром, вступу до СОТ, виявляється тісно пов'язаним з необхідністю дотримання охорони прав юридичної особи. Тому варто визнати, що майбутнє утверджується забезпеченням прав юридичної особи, зокрема і охорони їх права на ділову репутацію.*

ЦК України не тільки визнає право на охорону і захист особистого немайнового блага, пов'язаного з діловою репутацією, а й встановлює регулювання відносин, пов'язаних з діловою репутацією, незалежно від його порушення.

Відповідно, враховуючи розроблені вище визначення, зазначаємо, що цивільно-правова охорона ділової репутації юридичної особи — це передбачені цивільним матеріальним і процесуальним правом норми та заходи, спрямовані на гарантування, реалізацію права на ділову репутацію юридичної особи, на цивільно-правовий захист такого права шляхом його

визнання, припинення порушення, а також притягнення винної особи до цивільно-правової відповідальності.

Система правової охорони ділової репутації юридичної особи в Україні потребує вдосконалення. Прогалини вітчизняного законодавства пояснюються тим, що не була чітко визначена стратегія охорони, а відтак її форми та способи. Основний напрям охорони права ділової репутації — це створення належного правового механізму і забезпечення реалізації законних прав та інтересів юридичної особи.

#### ПРИМІТКИ

1. Фролов В. Д. Правочиноздатність юридичної особи та її здійснення за цивільним законодавством України (цивільстичний аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Д. Фролов. — О., 2004. — С. 9.
2. Саприкіна І. В. Захист честі, гідності, ділової репутації фізичної особи за законодавством України (за матеріалами судової практики) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. В. Саприкіна. — К., 2006. — С. 34.
3. Макода В. Є. Правова охорона промислових зразків в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Є. Макода ; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2001. — С. 17.
4. Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / І. О. Дзера ; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2001. — С. 176.
5. Кодинець А. О. Засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. О. Кодинець ; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2006. — С. 11.
6. Там само.
7. Піхурець О. В. Охорона права на торговельну марку (цивільно-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Піхурець ; Нац. ун-т внутрішніх справ. — Х., 2005. — С. 17.
8. Шишка Р. Б. Охорона прав суб'єктів інтелектуальної власності у цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : 12.00.03 / Р. Б. Шишка ; Одеська нац. юрид. академія. — О., 2004. — С. 13.
9. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 14.
10. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Д. Примак. — К., 2005. — С. 19.
11. Саприкіна І. В. Зазнач. праця. — С. 87.

#### **Хортюк Александра. Сущность правовой охраны деловой репутации юридического лица.**

*В статье исследованы содержание и сущность гражданско-правовой охраны деловой репутации юридического лица на основе всестороннего анализа трудов ведущих научных работников и положений нормативно-правовых актов.*

**Ключевые слова:** деловая репутация, охрана, защита, юридическое лицо, охрана деловой репутации.

#### **Khortiuk Oleksandra. The essence of legal defense of business reputation of a legal person.**

*The article studies the content and the essence of civil and legal defense of business reputation of a legal person on the basis of comprehensive analysis of the works of leading scholars and the regulations of normative and legal acts.*

**Key words:** business reputation, defense, protection, legal person, defense of business reputation.

УДК 349.2(477):006.032

**Марина Грекова,**кандидат юридичних наук, доцент кафедри приватного права  
Полтавського юридичного інституту Національного університету  
«Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

## ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ПРАЦІ\*

*Проведено науковий аналіз становлення та розвитку теоретичних підходів до визначення змісту міжнародно-правового регулювання відносин у сфері праці. Обґрунтовано основні підходи до визначення поняття міжнародно-правового регулювання праці, відмінності між якими полягають у різному розумінні об'єкта правового регулювання. Запропоновано розглядати міжнародно-правове регулювання відносин у трудовій сфері у двох значеннях — статичному та динамічному.*

**Ключові слова:** реформування трудового законодавства, міжнародні договори, акти МОП, міжнародне регулювання праці.

У зв'язку з постійним розвитком і тривалим реформуванням вітчизняного трудового законодавства особливої актуальності набуло завдання розробки теоретичних аспектів імплементації міжнародних норм у національне законодавство та вироблення практичних пропозицій щодо вдосконалення трудового законодавства шляхом використання найкращого досвіду, накопиченого в процесі регулювання трудових відносин за радянських часів; досвіду, накопиченого та апробованого у трудовому праві розвинутих країн; досвіду міжнародно-правового регулювання праці як сукупності найбільш прогресивних, універсальних норм, які закріплюють міжнародні трудові стандарти. Цілковито погоджуємося з І. Я. Кисельовим, що досвід (як позитивний, так і негативний) країн, які випередили нас у постіндустріальному розвитку, має велике значення як з точки зору сприйняття цінного та об'єктивно необхідного, що є у цьому досвіді, так і неприйняття того, що не виправдало себе і не підходить з тих або інших причин для нашої країни [1].

Серед науковців, чії роботи присвячені міжнародно-правовому регулюванню відносин у сфері праці, на особливу увагу заслуговують дослідження К. М. Гусо-

ва та М. М. Куріліна, В. В. Жернакова, С. О. Іванова, І. Я. Кисельова, Л. О. Костіна, М. М. Феськова, Г. І. Чанишевої, О. М. Ярошенка. З'ясування окремих питань реалізації міжнародних договорів у внутрішньому законодавстві займалися фахівці у галузі міжнародного права та теорії прав людини: Е. М. Аметистов, В. Г. Буткевич, А. С. Гавердовський, А. С. Довгерт, Р. А. Мюллерсон, В. Ф. Опришко, М. П. Орзіх, П. М. Рабінович та ін.

У своїх роботах зазначені науковці здебільшого розвивали ідеї міжнародно-правового регулювання праці, досліджували позитивні та негативні аспекти його дії, форми та способи імплементації норм міжнародного права, співвідношення міжнародного та національного права в процесі реалізації міжнародних договорів тощо. Проте більшість із цих робіт були спрямовані на розгляд зазначених аспектів саме через призму міжнародного права, міждержавного співробітництва.

Отже, нагальною залишається потреба з'ясування національного виміру міжнародно-правового регулювання праці саме як важливої складової трудового права України, а також розгляду міжнародних трудових стандартів не як засобу міжнародно-правового регулювання, а

\* Рекомендовано до друку кафедрою приватного права Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого».

як основи вдосконалення вітчизняного трудового законодавства. Саме тому, з метою досягнення цього завдання необхідно, в першу чергу, дослідити теоретичні аспекти міжнародно-правового регулювання відносин у сфері праці.

У літературі загально визнано, що зародження міжнародно-правового регулювання праці належить до початку ХХ ст. та є результатом сукупної дії багатьох факторів, у числі яких боротьба працівників, вимоги профспілок, вплив ідей видатних філософів ХІХ ст., прагнення різних держав, а також підприємців зрівняти умови конкуренції на міжнародних ринках [2]. В науці трудового права справедливо зазначалося [3], що основи сучасного розуміння міжнародно-правового регулювання праці заклав С. О. Іванов [4], який уперше на теренах Радянського Союзу на монографічному рівні сформулював поняття міжнародно-правового регулювання праці, його мету, методи і форми регулювання, характер і ступінь впливу міжнародних угод про працю на умови праці в конкретних державах тощо. Зокрема він визначив, що міжнародно-правове регулювання праці — це регулювання умов праці за допомогою міжнародних угод, яке розглядається як різновид міжнародного захисту прав людини, і його витоками є міжнародна охорона праці. При цьому наголошував, що трудові права зазнали міжнародно-правового регулювання значно раніше за всі інші права людини [5]\*.

Пізніше ідеї, закладені С. О. Івановим, були розвинуті в роботах Е. М. Аметистова, який, досліджуючи питання міжнародного регулювання праці, зазначав, що, з одного боку, потрібне розширення проблематики, яку охоплюють міжнародні норми, і підвищення рівня прав і свобод, які ними надаються, а з іншого — максимально ефективна імплементація міжнародних норм. Неодмінними умовами такої імплементації є

сумлінне виконання міжнародних зобов'язань з питань праці, вдосконалення і розвиток національного права, як у сфері трансформації і виконання міжнародних договорів, так і у сфері регулювання праці, створення необхідних соціально-економічних гарантій для здійснення цілей міжнародних норм, удосконалення форм і методів контролю за їх застосуванням [6].

Слід констатувати, що в науковій літературі радянського періоду питанню міжнародно-правового регулювання праці було приділено недостатньо уваги. Воно, власне, і вичерпувалося публікаціями Е. М. Аметистова та І. О. Іванова. Причини полягали у такому: по-перше, в радянській науці та законодавстві домінував принцип примату внутрішньодержавного права над міжнародним. По-друге, оцінка діяльності МОП як інструменту «в руках правих соціалістів, соціал-демократів і профспілкових лідерів, а також правлячих кіл капіталістичних держав для реалізації реформістської ідеї співробітництва праці та капіталу, яка покликана відволікти працівників від боротьби за свої інтереси» [7]. По-третє, міжнародне регулювання праці не могло бути причиною серйозних змін умов життя і праці; такою причиною в кінцевому підсумку завжди були та залишаються внутрішні національні фактори (класова боротьба пролетаріату, економічна необхідність тощо).

Підхід сучасних дослідників до окресленої проблеми вже дещо змінився. Так, щодо призначення міжнародно-правового регулювання праці російські фахівці В. М. Толкунова і К. М. Гусов зауважують, що сутність міжнародно-правового регулювання праці становлять, насамперед, ідеї правового захисту вищих цінностей суспільства і держави, а саме — прав і свобод людини, її честі й гідності в галузі праці. Міжнародні норми про працю містяться у різноманітних міжнародних багатосторонніх та двосторонніх до-

\* Проте виділення захисту прав людини у галузі праці повинно пояснюватися не лише на підставі факту стрімкого розвитку міжнародного співробітництва у цій сфері, а й факту неподільності прав людини, який підтверджений у Віденській декларації. Захист прав людини у сфері праці доцільно визнати інститутом міжнародного захисту прав людини, який складається з таких підінститутів, як право на працю і прав, необхідних людині під час непосредного здійснення трудової діяльності, а також передуючої і наступної за нею діяльності (права на справедливі і сприятливі умови праці, свободи об'єднання, права на створення профспілок, права на відпочинок, права на професійні об'єднання, права на соціальне забезпечення тощо).

говорах, угодах, а також в актах рекомендаційного характеру. В науці трудового права під міжнародно-правовим регулюванням праці необхідно розуміти регулювання умов праці та охорони законних прав працівників за допомогою міжнародних угод [8].

Найбільш повне визначення міжнародно-правового регулювання праці навів І. Я. Кисельов, який запропонував розширити поняття умов праці, міжнародних угод тощо. На його думку, міжнародно-правове регулювання праці — це регламентування за допомогою міжнародних угод держав (багатосторонніх і двосторонніх) та інших міжнародно-правових засобів питань, пов'язаних із застосуванням найманої праці, поліпшенням її умов, охороною праці, захистом індивідуальних і колективних інтересів працівників [9]. Необхідно також цілком погодитися з висловлюванням науковця про те, що сьогодні неможливо розглядати національне трудове право окремо від загальносвітових закономірностей і тенденцій, ігноруючи при цьому зарубіжний досвід і міжнародно-правове регулювання праці, універсалізацію механізмів визнання та захисту трудових прав і свобод [10].

Серед вітчизняних дослідників у галузі трудового права, чії роботи присвячені міжнародному регулюванню праці, необхідно окремо виділити О. М. Ярошенка, Н. Б. Болотіну та Г. І. Чанишеву. Зокрема О. М. Ярошенко виділив групи колізій між національним законодавством про працю та міжнародними нормами, зробив ґрунтовний аналіз впливу рішень Європейського суду на правову практику України [11].

Г. І. Чанишева звернула увагу на те, що в науці трудового права слід чітко визначити межі імплементації міжнародних трудових норм у юридичну практику України з урахуванням національних особливостей і наявних соціально-економічних можливостей, розробити юридичний механізм адаптації національного трудового законодавства до актів Ради Європи, Європейського Союзу, що встановлюють трудові стандарти [12].

Як стверджують Н. Б. Болотіна та Г. І. Чанишева, міжнародно-правове регулювання праці — це система стандартів з регулювання праці, яка використовується державою в національному зако-

нодавстві [13]. Проте, вважаємо, що таке визначення дещо звужує поняття міжнародно-правового регулювання праці. Адже у даному випадку автори, з одного боку, розглядають лише ті стандарти, які застосовуються державою в національному законодавстві, тоді як залишаються поза увагою інші міжнародні документи у трудовій сфері, які з тих чи інших причин не застосовуються в національному трудовому законодавстві. З іншого боку, наведене визначення порушує правила юридичної термінології, оскільки міжнародно-правове регулювання як явище пов'язане з дією певного механізму, який охоплює всю сукупність юридичних засобів. Тобто це завжди процес, який впливає на стан національного законодавства, а не просто система стандартів. Так, російські дослідники правове регулювання визначають як процес впливу держави на суспільні відносини за допомогою юридичних норм; засновується на предметі й методі правового регулювання [14]. У загальній теорії права під правовим регулюванням зазвичай розуміють здійснюваний за допомогою системи правових засобів (юридичних норм, правовідносин, індивідуальних приписів та ін.) результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до економічних та суспільних потреб [15].

Отже, в науці склалися два основні підходи до визначення поняття міжнародно-правового регулювання праці, відмінності між якими полягають у різному розумінні об'єкта правового регулювання. Умовно перший підхід можна назвати загальним, другий — галузевим. Загальний підхід до розуміння поняття міжнародно-правового регулювання праці як регулювання умов праці за допомогою міжнародних угод передбачає максимально широке трактування поняття «умови праці». При цьому в якості об'єкта регулювання виділяються такі групи норм: норми, пов'язані із захистом основних прав людини у сфері трудових відносин; норми, які регулюють комплекс питань щодо забезпечення зайнятості та боротьби з наслідками безробіття; норми, які регулюють умови праці й відпочинку, включаючи питання охорони і гігієни праці; норми соціального



страхування і соціального забезпечення; норми, які регулюють проблеми професійних відносин (вирішення конфліктів на підприємстві, питання соціального партнерства). Такий підхід характерний для робіт С. О. Іванова [16], Е. М. Амстистова [17] та деяких інших дослідників.

Другий підхід має більш спеціальний, галузевий характер і визначає міжнародно-правове регулювання праці як «регламентування за допомогою міжнародних угод держав... та інших міжнародно-правових засобів питань, пов'язаних із застосуванням найманої праці, поліпшенням її умов, охороною праці, захистом індивідуальних і колективних інтересів працівників» [16]. Тим самим до об'єктів міжнародно-правового регулювання не включаються питання соціального страхування і соціального забезпечення працівників. Таким чином, теоретичні положення міжнародно-правового регулювання праці розглядаються окремо від проблем соціального страхування та забезпечення працівників, і це є виправданим як з теоретичної, так і з практичної точки зору.

Як справедливо зазначає С. М. Прилипо, система науки права соціального забезпечення також має істотні відмінності від системи галузі, і перш за все — за предметом. Предметом галузі є якісно однорідна група суспільних відносин щодо соціального забезпечення громадян. Предметом же науки виступають знання, теоретичні уявлення, загальні закономірності і тенденції розвитку права соціального забезпечення. До того ж, наука вивчає історію виникнення і становлення даної галузі; проводить порівняльний аналіз міжнародно-правових норм і систем соціального забезпечення в зарубіжних країнах з системою соціального забезпечення нашої країни.

Унаслідок чого предмет науки права соціального забезпечення набагато ширше предмета галузі [19]. Тому, на наш погляд, більш прийнятним є галузевий підхід, оскільки такі питання, як регулювання умов праці за допомогою міжнародних угод, та питання соціального забезпечення повинні розглядатися окремо. Спроба в межах міжнародно-правового регулювання праці досліджувати проблеми соціального страхування та забезпечення може призвести до невірної звуження предмета науки такої самостійної галузі права, як право соціального забезпечення.

*Досліджуючи основні аспекти міжнародно-правового регулювання відносин у трудовій сфері, необхідно наголосити на тому, що за сучасних умов міжнародно-правове регулювання як правове явище являє собою не стільки закріплення на міжнародному рівні прав людини у сфері трудових відносин, скільки процес розроблення механізму їх імплементації в законодавство окремих країн. Тому є всі підстави розглядати міжнародно-правове регулювання відносин у трудовій сфері у статичному та динамічному розуміннях. У статичному — це закріплення в міжнародних документах (у формі міжнародних договорів) міжнародних трудових стандартів, положення яких є обов'язковими для впровадження у національне законодавство тих чи інших держав. У динамічному розумінні міжнародно-правове регулювання можна розглядати як процес реалізації міжнародних договорів у національному трудовому законодавстві різних країн. Проте питання удосконалення національного трудового законодавства з урахуванням вимог міжнародних угод у сфері трудових відносин є не предметом міжнародного регулювання, а вже внутрішньою справою кожної держави.*

#### ПРИМІТКИ

1. Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество) / И. Я. Киселев. — М. : ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Синтез» совместно с ООО «Журнал «Управление персоналом», 2003. — С. 5.

2. Киселев И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. — Международные нормы труда / И. Я. Киселев. — М. : ЭКСМО, 2005. — С. 467.

3. Жернаков В. В. Міжнародний аспект правового регулювання соціально-трудоу відносин / В. В. Жернаков // Право України. — 2001. — № 4. — С. 59—61.

4. Иванов С. А. Проблемы международного регулирования труда / С. А. Иванов. — М. : Наука, 1964. — 343 с.

5. Там само.
6. Аметистов Э. М. Международное право и труд: Факторы имплементации международных норм о труде / Э. М. Аметистов. — М. : Междунар. отношения, 1982. — С. 256.
7. Трудовое право. Энциклопедический словарь / А. А. Абрамова, Н. Г. Александров, В. С. Андреев [и др.]. — 2-е изд. — М. : Сов. энцикл., 1963. — С. 232.
8. Гусов К. Н. Трудовое право России : учебник / К. Н. Гусов, В. Н. Толкунова. — М. : ТК Велби, Проспект, 2003. — С. 452.
9. Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право : учеб. для вузов / И. Я. Киселев. — М. : Дело, 1999. — С. 447.
10. Киселев И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. — Международные нормы труда / И. Я. Киселев. — М. : ЭКСМО, 2005. — С. 12.
11. Ярошенко О. М. Теоретичні та практичні проблеми джерел трудового права України : монографія / О. М. Ярошенко. — Х. : Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. — С. 12.
12. Чанишева Г. І. Колективні відносини у сфері праці: теоретико-правовий аспект : монографія / Г. І. Чанишева. — О. : Юрид. літ., 2001. — С. 186.
13. Трудовое право України : підручник / за ред. Н. Б. Болотіної, Г. І. Чанишевої. — К. : Т-во «Знання», КОО, 2000. — С. 108.
14. Большой юридический словарь / авт.-сост. В. Н. Додонов. — М. : ИНФРА-М, 1999. — С. 524.
15. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1966. — С. 5.
16. Иванов С. А. Проблемы международного регулирования труда / С. А. Иванов. — М. : Наука, 1964. — 343 с.
17. Аметистов Э. М. Знач. пр. — С. 19.
18. Киселев И. Я. Международное трудовое право / И. Я. Киселев // Трудовое право : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. О. В. Смирнов. — М. : Проспект, 1997. — С. 41.
19. Прилипко С. М. Предмет права соціального забезпечення : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.05 / С. М. Прилипко. — Х., 2007. — С. 225.

**Грекова Марина. Понятие и содержание международно-правового регулирования отношений в сфере труда.**

*Проведен науковий аналіз становлення і розвитку теоретических підходів к определению содержания международно-правового регулирования отношений в сфере труда. Обоснованы основные подходы к определению понятия международно-правового регулирования труда, различия между которыми заключаются в разном понимании объекта правового регулирования. Предложено рассматривать международно-правовое регулирование отношений в трудовой сфере в двух значениях — статическом и динамическом.*

**Ключевые слова:** реформирование трудового законодательства, международные договоры, акты МОТ, международное регулирование труда.

**Grekova Maryna. The concept and content of international legal regulation of relations in the sphere of labor.**

*Carried out a scientific analysis of the formation and development of theoretical approaches to the definition of international legal regulation of relations in the sphere of labor. Substantiated the main approaches to the concept of international legal regulation of labor, the difference between them lies in the different conception of the object of legal regulation. Proposed to consider the international legal regulation of relations in the sphere of labor in two senses — static and dynamic.*

**Key words:** reforming labor laws, international agreements, acts ILO, international regulation of labor.

УДК 349.2

Олег Панасюк,

кандидат юридичних наук, доцент (Київський університет імені Тараса Шевченка)

## СУМНІВНИЙ (СИМУЛЯТИВНИЙ\*) ПРОФЕСІЙНИЙ СТАН ПРАЦІВНИКА: ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ

Стаття присвячена питанню про причини виникнення, зміст та основні ознаки сумнівного (симулятивного) професійного стану працівника. Цей стан є правовим положенням, яке виникає внаслідок дій працівника. Основні ознаки цього стану — приховування, недобросовісність, прикидання, наслідування — дають підстави для використання у якості загальної назви цього правового явища терміна «симуляція» («професійна симуляція»). При цьому виникають негативні наслідки щодо змісту професійного статусу, порядку виконання трудового договору тощо.

**Ключові слова:** професійний статус, трудова функція, професійна симуляція, трудові симулянти.

### Вступ

Розвиток трудових відносин та їх правового регулювання сьогодні є процесом, який знаходиться під впливом як конкретно-історичних чинників, так і загальних тенденцій. Перші відбивають сутнісні зміни всього кола суспільних відносин та часто звуться *реаліями сьогодення*, останні мають незначну динаміку, виконуючи роль *основних засад*.

Взаємодія вказаних обставин має вияв у найбільш сталій частині трудового права — у його *догмі*. Розвиток догматичних положень трудового права у бік зміни або перегляду «підштовхує» суперечлива практика їх застосування.

У деяких випадках фактична реалізація норм трудового права призводить до феномена протиставлення фактичного (матеріального) та юридичного змісту трудових правовідносин. Ситуація, яку настільки важко помітити, а тим більше сприйняти, зазвичай у подальшому розвитку має наслідком перегляд догматичних положень трудового права.

Серед тих догматичних положень трудового права, які знаходяться у зоні вказаного ризику, є ті, що стосуються характеристик працівника. Йдеться про працездатність, здатність до творчості, професійну відповідність тощо.

У теорії трудового права вказані характеристики працівника «поглинаються» догматичними положеннями про правове положення, правовий статус. Частіше всього увагу вчених привертає поняття *правовий статус* як сукупна юридична характеристика особи — учасника будь-яких правовідносин, у т. ч. трудових правовідносин [1].

Вчення про суб'єктів трудового права сьогодні важко уявити без теорії правового статусу, яку слід вважати досить розвинутою, враховуючи сутність її наукової розробленості та обґрунтування. При цьому, не ставлячи під сумнів заслугу в цьому всіх вчених, хто порушував це питання у наукових публікаціях, монографічних дослідженнях та навчальній літературі, слід особливо визначити прізвища таких вчених: О. І. Процевський, В. І. Прокопенко, Г. С. Гончарова, П. Д. Пилипенко, Н. М. Хуторян, О. В. Ярошенко, В. В. Лазор, І. І. Шамшина, З. Я. Козак, А. М. Слюсар, Н. Д. Гетьманцева, І. М. Якушев, В. Л. Костюк, О. Г. Серета, О. В. Яремчук, які прямо обирали у якості об'єкта дослідження різні загально-теоретичні аспекти правового статусу суб'єктів трудового права.

Однак на сьогодні у проблемному стані знаходиться низка питань, які пов'язані із набуттям та, як наслідок, із по-

\* Прикметник «симулятивний» використовуються у зв'язку із поняттям «симуляція» (лат. — видимість, удавання).

дальшою реалізацією правового статусу, що надає підстави для перегляду відповідних догматичних положень науки трудового права.

Серед таких питань вагоме місце посідає проблема набуття професіонального статусу працівника. Під умовно новим терміном — «професійний статус» — слід розуміти різновид індивідуального правового статусу, у якому поєднується один із спеціальних статусів, який існує одночасно із загальним галузевим статусом та безпосередньо характеризує можливість виконання трудової функції — якість володіння професією, спеціальністю, відповідність кваліфікації, обґрунтованість зайняття посади тощо.

В окремих випадках практика трудових відносин народжує й доволі парадоксальні явища щодо набуття професійного статусу працівника та його реалізації, особливо в контексті виконання трудової функції.

Так, нещодавно важко було уявити можливість того, що майже «канонічна» частина догми трудового права — «трудова функція» як вагома складова предмета трудового договору при реалізації правових норм, які регулюють укладання, зміну, припинення трудового договору, може втратити свій первинний зміст, а у окремих випадках — «увійти» в суперечність із професійним статусом.

Слід перепросити у тих, для кого ця обставина має вигляд наукової абракадабри. Але сучасна практика трудових відносин вказує на факти, які ігнорувати не можна.

### Зміст явища

У спеціальній літературі можна знайти деякі описи вказаного явища. Частіше за все це наведення окремих прикладів його прояву.

Зокрема відсутність у працівника належної освіти, робота одного працівника замість іншого, з метою набуття фіктивного робочого стажу, зайняття особою посади, яку вона за вироком суду не має права обіймати [2].

Кожен окремий прояв підтверджує факт існування явища та відбиває у собі те загальне, що дозволяє виокремити явище в цілому.

Поверхово ситуація проявляється так: за наявності одних, частіше зовнішньо виявлених, характеристик виконуваного

певного (конкретного) виду праці за укладеним трудовим договором, йому бракує інших, як правило, сутнісних, характеристик.

Ситуація може проявитися через спрямованість волі працівника (або відсутність спрямованості волі) щодо реальної участі у трудових відносинах, щодо реальної трудової поведінки після виникнення трудових правовідносин, щодо дійсного виконання трудової функції, щодо дійсності професійного статусу і т. п. Власне аналіз спрямування волі працівника дозволяє поділити конкретні прояви вказаного явища на наступні групи.

*Перша група* — випадки здійснення роботи особами із умовними та вірогідними професійними навичками, наявність яких може доводитись та заперечуватись одночасно, із спрямуванням волі працівника на доведення їх наявності.

При цьому може декларуватися наявність «природного професійного дару», «унікального професійного знання» тощо, достовірність результатів діяльності може викликати сумнів. Досить багато прикладів такої діяльності щодо впливу на фізичне та психічне здоров'я людини у сфері надання послуг.

*Друга група* — випадки роботи осіб із вадами волі у вигляді суперечності між наміром та можливістю здійснювати таку діяльність.

Це випадки претендування на роботу (посаду) особами, у яких відсутня можливість витримати випробування при прийнятті на таку роботу (при зайнятті посади) або виконувати таку роботу.

Причинами такого стану можуть бути різні обставини — вади здоров'я, відсутність освіти, недостатня кваліфікація тощо. Обставини, які фактично унеможливають виконання роботи, створюють для неї перешкоди.

Ігноруючи наявність вказаних обставин, працівник реалізує свій намір щодо зайняття посади або виконання роботи за наявності об'єктивної невідповідності посаді (роботі).

*Третя група* — випадки роботи, які виникають внаслідок спрямування волі працівника на набуття та реалізацію певного індивідуального статусу без наявності достатніх підстав, частіше за все шляхом недотримання умов виникнення трудової правосуб'єктності. Плагіат, несамостійна творча діяльність з метою

здобуття наукових ступенів, вчених звань тощо.

До цієї групи належить робота без оформлення трудових відносин — випадки тимчасового стану відсутності належного оформлення внаслідок затримки дій роботодавця у цьому напрямі, випадки відсутності оформлення трудових відносин внаслідок волі обох сторін трудових правовідносин.

*Четверта група* — випадки фактичної відсутності волі працівника при фактичному виконанні певної роботи.

Це, наприклад, випадки зайняття посад та виконання роботи за відсутності наміру реалізувати професійний статус безпосередньо. Отримання статусу має на меті не реалізацію певної трудової функції, а отримання благ, доступ до управління, певне соціальне забезпечення, що є наслідком отримання можливості виконання трудової функції, супроводжує професійну діяльність та ін.

Окремим прикладом цієї групи є зайняття керівних посад на кшталт відомого літературного героя «зіц-председателя» Фунта, створеного Ільфом та Петровим, що був готовий, як не дивно, нести будь-яку відповідальність.

*П'ята група* — це протилежна ситуація щодо попередньої групи. Це випадки спрямування волі працівника на фактичне здійснення трудової функції без набуття (повністю або частково) статусу учасника трудових правовідносин. Таку особу навіть працівником назвати не можна. Наприклад, це випадки відсутності бажання осіб нести відповідальність.

За певних умов, прикладом може слугувати діяльність так званих почесних, «нештатних» директорів.

У даному випадку є підстави, за аналогією до конституційної теорії, говорити про так звані «приховані повноваження» посадових осіб.

*Шоста група* — це випадки, коли для реалізації індивідуального правового статусу працівник намагається реалізувати інший професійний статус, у т. ч. шляхом реалізації відповідних повноважень або лише його формальних ознак.

Наприклад, використання форменого одягу або одягу, схожого із форменим, посвідчень оригінальних або подібних тощо. Це може відбуватись як одночасно, так і разом із виконанням трудової функції.

Вказаний перелік випадків, коли має

місце розбіжність між індивідуальним правовим статусом працівника та професійним статусом, не можна вважати остаточною, хоча вищевказані групи є достатнім підтвердженням актуальності та проблемності явища.

### Проблемність питання

У свій час трудовий договір характеризувався наявністю синалагматичного характеру. Це пояснювалося властивістю договору між працівником та роботодавцем, що передбачає таку поведінку однієї сторони, яка виходить із припущення, передбачення певної поведінки іншої сторони [3]. В українській мові є надзвичайно вдале позначення такої суті відносин — взаємини.

Сутність зобов'язань за договором відбиває певну взаємність очікувань, засновану на очевидному припущенні наявності у іншої сторони того «блага», у якому існує потреба.

При цьому припущення, передбачення, очікування роботодавця при укладенні трудового договору не є абстрактними, вони надзвичайно конкретні — це певна якість робочої сили, здатність працівника до виконання роботи певного роду. Доказами наявності здатності до виконання певного роду можуть слугувати: заяви (твердження) працівника про наявність здібностей, документи про наявність професії, спеціальності, кваліфікації, які надаються при отриманні роботи, усні та письмові свідчення інших осіб про кваліфікацію, майстерність, результати роботи тощо.

Роботодавець частіше за все позбавлений можливості пересвідчитись у якості робочої сили безпосередньо при укладенні трудового договору. Виключення бувають у певних видах праці, коли «оглядини», які відбуваються на попередньому місці роботи, є обов'язковою умовою обрання працівника.

Проте і у такому, на перший погляд, очевидному випадку зовнішнього сприйняття якості виконання певної роботи працівником та наявності професійних якостей, рішення роботодавця про відповідність працівника запропонованій роботі буде залишатися припущенням роботодавця до моменту отримання та оцінки реальних результатів роботи працівника. Найкращий приклад для ілюстрації вказаної ситуації є вибір футболіста

тив. Спостереження за гравцем іншої команди, яке зветься *селекцією*, може бути тривалим, а після прийняття у команду гравець «не може заграти».

Докази, які надає працівник роботодавцю, стосуються відповідності змісту (якості) робочої сили, як сукупної характеристики працівника, змісту не будь-якого виду праці. Вид праці репрезентується через її умовного «замінника» — трудову функцію.

Такий замінник може бути названий *знаком* певного виду праці, різновиду роботи. Власне задоволення очікування роботодавця на стадії укладення є тільки спробою порівняння знаку та доказів, наданих працівником. Укладенням трудового договору таке порівняння не закінчується, це процес перманентний, який також заснований на синалагмі (на взаємності).

Рішення роботодавця про прийняття на роботу означає висновок про задоволення його очікувань, про відповідність професійних, ділових (а здебільшого усіх якостей працівника, в тому числі й особистих) знаковому формалізованому опису певного виду праці — характеристикам трудової функції, передбаченим посадовими інструкціями, кваліфікаційними характеристиками тощо.

При цьому закономірним наслідком синалагми як властивості трудового договору є права роботодавця щодо перевірки правильності свого висновку на будь-якому етапі подальшої дії трудового договору, що породжує певні обов'язки працівника.

Відповідно, на етапі прийняття на роботу рішення роботодавця надає працівникові певний правовий статус.

При нормальному перебігу подій професіональний статус, який характеризує якість робочої сили, фактично збігається із індивідуальним статусом працівника, який враховує усі якісні характеристики робочої сили працівника відповідно до професії, посади, спеціальності, кваліфікації та інші характеристики.

Виходячи із того, що трудові відносини будуються на презумпції добросовісності працівника як учасника трудових відносин, яка має прояв у т. ч. щодо наявних навичок, досвіду, знань, рівня кваліфікації тощо, зворотний бік презумпції добросовісності, як усе ж таки припущення, становить певний ризик для роботодавця. Цей ризик полягає у недобросовісності працівника, що тягне за

собою виникнення ситуацій, в яких невідповідність між професійним статусом та індивідуальним статусом працівника стає очевидною. Причиною може бути відсутність у працівника певних професійних характеристик (якостей) тощо.

Такий самий ризик може породжувати відсутність у працівника певних особистих характеристик, які вимагаються як умова певної професійної поведінки. Чесність, порядність, витримка, самостійність у реалізації здібності до творчості та інші особисті якості відіграють не менше значення для оцінки відповідності роботодавцем, ніж безпосередні професійні характеристики.

Але за наявності правових процедур виявлення відповідності працівника посаді, роботі — випробування, атестація тощо, при регламентації порядку настання певних наслідків невідповідності, самостан (правове положення) невідповідності професіонального статусу індивідуальному статусу працівника не знайшли належної уваги як при правовому врегулюванні, так і у наукових дослідженнях.

### Методологія дослідження явища

Проблемність зазначеного питання дає підстави для обрання вказаного явища як об'єкта дослідження, що передбачає застосування певної методології.

Видається, що у деяких випадках проблемність правових явищ не вимагає окремої уваги щодо методології, оскільки традиційні та сталі підходи до використання прийомів та способів дослідження забезпечують вирішення поставлених завдань та мети. У даному випадку ситуація інша.

Фактично у даному випадку об'єктом уваги є явище, що має вияв у різних аспектах правового регулювання.

Так, можна знайти його прояви через аналіз правового статусу. На особливу увагу може заслуговувати трудова функція. Складаються ситуації, що мають ознаки правопорушення. У певних випадках виникають підстави для розгляду змісту трудового договору та, відповідно, змісту трудових правовідносин.

Саме останнє дозволяє використати для аналізу вчення про дуалістичний зміст трудових правовідносин — про поділ останнього на фактичний (матеріальний) зміст та зміст власне юридичний.

Припущення або визнання такого дуалізму трудових правовідносин, з одного боку, тягне за собою питання про первинність кожної із частин змісту.

Відповідь на перше питання по суті знаходиться у площині праворозуміння та передбачає взаємозв'язок *моделі трудової поведінки* (власне явища) та її *фактичної реалізації у трудових відносинах* (певного образу явища). При цьому «ролі» явища та відповідного йому образу розподіляються виходячи із специфіки відповідної концепції (школи) праворозуміння. При цьому такий перехід ролей змінює первинність кожного із них, але не виключає взаємного зв'язку.

Натомість практика трудових відносин у вказаних випадках між явищем трудової функції [4] та її образом, реалізованим у фактичних трудових відносинах, показує, що взаємозв'язок «несподівано зникає». Замість взаємності виникає дихотомія, яка створює вірогідність їх протиставлення, суперечності тощо.

Для поглиблення розуміння вказаного явища слід використати більш загальну методологію, яка забезпечить встановлення зв'язку між трудоправовим проявом явища та тією частиною об'єктивної дійсності, яка сприяє факту існування та формуванню змісту та яка, власне, формує зміст певних правових норм.

Слід констатувати методологічні зміни у поглядах (філософських, соціологічних тощо) на розвиток суспільних відносин. Власне, без таких змін важко уявити можливість виникнення тих ситуацій, тих, по суті, професійних станів, а тим більш набуття саме того різноманіття, яке утворює системну єдність, без чого неможливо говорити про єдине явище як таке.

Загальна тенденція семіотизації дійсності, яка, на думку вчених-філософів, представників сучасної постмодерністської філософії, може набувати тотального характеру, водночас сприяє як виникненню явища «деградації» (у значенні — *втрата властивостей*) трудової функції, так і ускладнює його оцінку. Разом із тим, «уповільнюється» подолання його негативних наслідків, поява яких у сучасних умовах є очевидною.

Семіотичний підхід до методології дослідження передбачає так зване *розподілення* суті явища трудової функції. Її першоджерелом є праця, необхідна, можлива та очікувана.

Трудова функція є правовим образом такої праці, який набуває власного змісту як роботи певного роду із певними описаними заздалегідь у нормативних актах кваліфікаційними характеристиками посади, професії, спеціальності. Як категорія трудового права трудова функція — це не сама праця конкретного виду. Це її образ, модель, технологія праці, в правах та обов'язках «розподіляється» між сторонами трудових відносин.

Власне, така суть трудової функції як символу, образу відповідає семіотичній природі трудового права як носія певного значення та цінності для працівника, роботодавця та усього суспільства, що в цілому відповідає суті права як важливого соціального символу [5].

Продовженням питання про трудову функцію як про певну відмінність, про знак, про певний символ праці є її розмежування із формою вияву. При «нормальному» перебігу подій укладений трудовий договір народжує образ явища трудової функції — вияв її конкретної реалізації. Між ними встановлюється пряма відповідність, це народжує взаємний зв'язок очікувань та передбачувань роботодавця і працівника.

Але виникають інші випадки, коли «образ трудової функції» (фактична трудова поведінка) «розвивається» настільки, що отримує самостійний зміст. Така, по суті, «неприродна» зміна трудової функції утворює новий образ, який стає самодостатньою, а інколи єдиною, реальністю.

Наприклад, отримавши науковий ступінь, професійне звання внаслідок плагіату, працівник позбавлений тієї якості — наукового, творчого досягнення, яке передбачається як основа трудової функції у відповідних трудових відносинах.

Таку «підміну» слід назвати деградаційною, оскільки виникнення та існування власного та відмінного змісту є запереченням явища трудової функції, перекрученням предмета трудового договору, приховуванням змісту реальних трудових правовідносин.

Констатуючи факт існування нового стану трудового стосунку, усю складність ситуації, її суперечливість та наслідки для сторін трудових відносин не можна усвідомити одномоментно. Неможливо без додаткових зусиль роботодавця пере-

свідчитись у брехливості інформації, наведеній у резюме працівника.

Ще однією обставиною, яка впливає на методологію аналізу, є та обставина, що для характеристики явища можна лише частково застосовувати існуючий понятійний апарат трудового права за причиною відсутності прийнятної термінології. Складність у пошуках найменування обумовлена багатоманітністю проявів явища. Для вирішення завдання пошуку відповідної назви особливу перспективу має порівняльний метод.

При визначенні їх найбільш прийнятнього позначення слід виявити спільну суть в усіх виявах та знайти відповідний до спільної суті найбільш близький термінологічний аналог серед існуючих як у саму трудовому праві, так і в деяких інших галузях.

### Найменування явища

Стародавня мудрість наголошує: *pomen est omen* — ім'я говорить само за себе.

У даному випадку цей наголос є тільки додатковою вказівкою на проблемність.

Наявність факту відсутності найменування явища відверто дивує, якщо врахувати факт існування трудових відносин за участю осіб, які мають дефекти професійного статусу, «руйнування» трудової функції, «вади» волі працівника тощо.

Понятійному апарату трудового права бракує терміна, який би позначав вказані професійні стани, положення.

У такому контексті, насамперед, привертають увагу положення цивільного законодавства, що загально характеризують суб'єктів, які вчиняють правочини. Так, особа, яка вчиняє правочин, повинна мати *необхідний обсяг* цивільної дієздатності, волевиявлення учасника правочину має бути *вільним і відповідати його внутрішній волі*, волю учасника також характеризує важлива вказівка про те, що правочин має бути спрямований на *реальне настання правових наслідків*, що обумовлені ним (ст. 203 Цивільного кодексу України). Порухення вказаних вимог перетворює правочини на *удавані, фіктивні*.

Аналогія із договірною цивільно-правовою теорією є очевидною. Випадки її використання для позначення вказаного

явища у сфері трудово-правового регулювання можна знайти у нормативних актах деяких країн.

Так, у ст. 22 Трудового кодексу Республіки Білорусь трудовий договір, який укладається без наміру створення юридичних наслідків, називається «*мнимий трудовий договір*» (в оригіналі — мнимый трудовой договор). Наслідком такого трудового договору є його недійсність.

Стаття 93 Трудового кодексу Киргизької Республіки встановлює підставу для визнання судом трудового договору недейсним, якщо він укладений *для виду*.

Видається, що та сама характеристика була закріплена у Цивільному кодексі в редакції 1961 р. і мала назву «про людське око».

Характеристика «мнимий», «для вигляду» має підкреслювати зв'язок волі працівника, яка приховується, та змісту трудового договору (а врешті-решт, змісту трудових правовідносин) як певного результату її (волі) прояву. Або, іншою мовою, відсутність волі працівника щодо наявного змісту правовідносин.

Проте вказані професійні статуси можуть виникати не тільки при укладенні трудового договору (не тільки шляхом укладення трудового договору), а й за інших умов. Тому найменування «мнимий» («удаваний»), підкреслюючи спільну властивість — *приховування*, не може вважатися вдалим найменуванням для усієї групи випадків.

У певних випадках приховування невідповідності професійного статусу (або його відсутності) може тягнути за собою значні суспільно шкідливі наслідки. Це дає підстави для пошуку необхідного терміна серед кримінально-правових характеристик, які надаються певним професійним станам та видам діяльності, подібним до вказаних вище.

Такі явища частіше за все характеризуються як *незаконні професійні дії (діяльності)*. Наприклад, незаконна лікувальна діяльність (ст. 138 КК), неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК), незаконне проведення дослідів над людиною (ст. 142 КК), порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію (ст. 177 КК), грубе порушення угоди про працю (ст. 173 КК), фіктивне підприємництво (ст. 205 КК), самовільне



присвоєння владних повноважень або звання службової особи (ст. 353 КК), зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК)

Фактично усі вказані випадки злочинів передбачають набуття та/або реалізацію професійних статусів. А це означає, що вказані вище професійні статуси є набутими та реалізованими із порушенням вимог, встановлених Кримінальним кодексом України та іншими правовими актами.

Але може мати місце ситуація відсутності порушень формальних вимог та правил щодо умов певного зайняття або діяльності. Це унеможлиблює кримінально-правову оцінку дій працівника та їх наслідків.

Тому характеристика «незаконний» не може бути використана для позначення усього кола випадків.

При цьому незаконність та недійсність — це, скоріш, наслідки певного вчинку, стану, статусу, правового положення тощо.

Із викладеного вище, суттю явища є *приховування* працівником реальної спрямованості волі, інших умов набуття трудової правосуб'єктності, наявності (відсутності) окремих складових професійного статусу або його повністю тощо, приховування будь-якої обставини щодо професійного стану. Приховування характеризується певним спрямуванням, метою настання наслідків — зміна професійного стану, зміна умов праці та ін.

Другою сутнісною характеристикою є *недобросовісність*, яку виявляє працівник у вказаних випадках. При цьому недобросовісність виявляється й у тих випадках, що знаходяться поза характеристиками «незаконний» та «винний». Недобросовісність при тлумаченні пояснюється як нечесність, непорядність, неакуратність, несумлінність. Остання вказує на відсутність у працівника морального ставлення до власної трудової поведінки (результатів та наслідків праці, способів отримання винагороди та виконання роботи, в т. ч. взаємодії із іншими працівниками тощо), що є іманентною ознакою професійної діяльності, професіоналізму.

Доволі цікавий приклад містить сайт, який пропонує інформацію про послуги таксі у м. Хмельницькому. Так, одна із сторінок, присвячена «зворотному зв'яз-

ку» щодо якості послуг, має назву «не-професійні дії». Її основний зміст складає анкета для заповнення. Назва цієї анкети — «недобросовісний працівник» [6]. Заповнюючи анкету, споживач-пасажира або інша особа вказує певну інформацію щодо недобросовісності працівника, тим самим виявляючи його непрофесійність при виконанні роботи, що є об'єктом уваги роботодавця. У такий спосіб визнається оцінка професійності через добросовісність працівника як одне із вагомих очікувань роботодавця у зв'язку із укладенням трудового договору.

Саме недобросовісність є способом спотворення змісту трудових відносин, руйнування трудової функції тощо.

Ще однією особливістю, що характеризує трудову поведінку працівника у вказаних випадках, є намір підтримання певного сприйняття оточуючими зовнішніх форм професійної поведінки.

Певною мірою ця особливість впливає із приховування та його продовження. Це не просте приховування, це вчинення дій щодо отримання професійного статусу та його реалізації — отримання документів, які доводять професійний статус, вчинення дій щодо зайняття посади тощо.

Дії працівника вчиняються на фоні відсутності певних професійних якостей (формальних та/або змістовних), працівник вдається до демонстрації зовнішньої відповідності «нормальному стану речей», очікуванням роботодавця щодо професійних якостей тощо. По суті, це намагання працівника уподібнитись очікуванням роботодавця до повної відповідності.

У військовій справі це має назву *маскування*. У зоології випадки вияву зовнішньої подібності тварин називаються *мімікрією*. У сфері інформаційних технологій сформувався термін *клоакінг* (від англ. cloak — маска, мантия). У соціальній філософії існує термін *симулякр* (від лат. simulo — робити вигляд) — копія «того, чого немає». Так чи інакше, кожне із понять може певним чином виявляти таку поведінську особливість працівника, як *прикидання*.

Дії працівника щодо відтворення, повторення, копіювання певної професійної поведінки мають назву *наслідування*. В своєму соціальному сенсі процес наслідування є прогресивним. Мистецтво, про-

грамування та багато інших як професійну працю важко уявити без наслідування. За певних умов наслідування є одним із поширених способів професійної підготовки, виконання трудової функції.

Але його контекстний прояв поєднаний із попередніми характеристиками та перенесений на стосунки працівника та роботодавця може бути для останніх процесом регресивним, деструктивним (деградаційним).

Сучасна вища освіта надає поширений приклад негативного наслідування. Загальновідомий феномен «відмінника у будь-який спосіб, аніж за наявністю знань». До того існують різні мотиви: необхідність підтримки, родинні зв'язки, стимулювання громадської активності, «червоний диплом конче потрібний», «просто добра людина» та ін.

Може статись й ситуація, що внаслідок наслідування певних професійних характеристик, поєднаних із «власними якостями» працівника, складається феномен синергетичного посилення професійної ефективності, результативності тощо [7].

Поєднання разом усіх вказаних вище характеристик — приховування, недобросовісність, прикидання, наслідування — ставить під сумнів зміст професійного статусу та дає підстави для використання

загальної назви цього правового явища — *симуляція* (професійна симуляція).

Оскільки йдеться про реально існуюче місце та роль конкретної особи (працівника) у професійному середовищі, про її професійне положення, то слід назвати це станом. Таким чином, симулятивний (сумнівний) професійний стан — це правове положення працівника, яке є результатом набуття та реалізації професійного статусу шляхом недобросовісного наслідування професійної поведінки для прикидання перед роботодавцем з метою приховування відсутності фактичних професійних навичок, знань, вмінь.

### Ultima ratio

Осіб, які знаходяться у симулятивному професійному стані, слід назвати працівниками-симулянтами [8]. Красномовною ілюстрацією їх є галерея літературних героїв на кшталт Івана Олександровича Хлестакова, Павла Івановича Чічікова, Барона Мюнхгаузена, Фунта, Гордея Петровича Кабачкова та інших. Навряд чи в сучасних умовах ця «галерея персонажів» не буде мати поповнення. Бажано тільки створити такі умови, щоб трудове право не сприяло цьому.

### ПРИМІТКИ

1. З метою уникнення підстав для критичних зауважень та дорікань у неточності позначення предмета трудового права слід констатувати факт об'єктивного домінування у наукових поглядах конструкції предмета трудового права — «трудова відносина та інші відносина, пов'язані з ними», які внаслідок дії норм трудового права стають трудовими правовідносинами.

2. Венедиктов С. В. Щодо можливості існування недійсності договору в трудових правовідносинах / С. В. Венедиктов // Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна. — 2011. — № 945. — Серія «Право». — Вип. 9. — С. 118.

3. Таль Л. С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование / Л. С. Таль. — М.: Статут, 2006. — С. 88.

4. Де явище, а де образ — можна сперечатись. Умовно слід обмежити аналіз усього змісту правовідносин його частиною — тими правами та обов'язками, які характеризують трудову функцію.

При цьому за явище-оригінал можна обрати трудову функцію як предмет (складову предмета) трудового договору, яка описана у нормах, кваліфікаційних характеристиках, у положеннях трудового договору. Тоді фактичне виконання конкретним працівником роботи певного роду відповідно до трудової функції отримує «роль» образу.

Задля справедливості слід вказати, що ситуація може виглядати інакше. Так, явищем є певний вид праці; при правовому врегулюванні виникає, складається його узагальнений (абстрактний) образ — трудова функція, яка при фактичному виконанні роботи за професією, спеціальністю, кваліфікацією, залишаючись образом певного виду праці, створює фактичний (реальний) образ.

5. Давыдова М. Л. Символы в праве и правовые символы: понятие и значение / М. Л. Давыдова // Правоведение. — 2009. — № 3. — С. 42—46.

6. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://700-400.com/index.php?option=com\\_chronocontact&Itemid=57](http://700-400.com/index.php?option=com_chronocontact&Itemid=57).

7. Умовно це випадки, коли формальний вияв професійного статусу спеціаліста (навіть удаваного) дозволяє стати ефективним управлінцем. Причому щодо якості такої професійної (посадової) діяльності можна не мати сумніву до моменту, коли власні та професійні інтереси не будуть суперечити один одному. Така ситуація може стати прийнятною і для роботодавця, і для працівника. Але це — вже інша історія, інша юридична кваліфікація, яку ніяк інакше, як виявлення законів діалектики, назвати не можна.

8. Справедливості заради слід вказати, що «гріха» симуляції як специфічної поведінки не позбавлений й роботодавець. Саме він є ініціатором «примусово-добровільних» відпусток, скорочення робочого часу для зменшення витрат і т. п. Тому симулятивний професійний стан працівника слід виокремити як окремий вияв симулятивного стану трудових відносин.

---

**Панасюк Олег. Сомнительное (симулятивное) профессиональное состояние: понятие и признаки.**

*Статья посвящена вопросу о причинах возникновения, о содержании и основных признаках сомнительного (симулятивного) профессионального состояния работника. Это состояние является правовым положением, которое возникает в результате действий работника. Основные признаки этого состояния — сокрытие, недобросовестность, притворство, подражание — дают основания для использования в качестве общего названия этого правового явления термина «симуляция» («профессиональная симуляция»). При этом возникают негативные последствия для содержания профессионального статуса, порядка выполнения трудового договора и т. п.*

**Ключевые слова:** профессиональный статус, трудовая функция, профессиональная симуляция, трудовые симулянты.

**Panasjuk Oleg. The ambiguous (simulative) professional standing: the content and the features.**

*The article is dedicated to the issue of the causes, content and main features of ambiguous (simulative) professional status of employee. This status is legal standing that arises as a result of the employee activity. The main features of this condition — concealment, dishonesty, dissemblance, imitation — give reasons for its use as general title of this legal phenomenon the such term as «simulation» («professional simulation»). Furthermore negative effects on the content of professional status, the order of execution of the employment contract, etc arise.*

**Key words:** professional status, work function, professional simulation, the employee-simulator.

## УДК 349.3

**Валентина Литвиненко,**старший викладач кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Чернігівського державного технологічного університету**СПІВВІДНОШЕННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПОСЛУГ І ПІЛЬГ  
У СИСТЕМІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ НАСЕЛЕННЯ\***

*У статті проаналізовано поняття «соціальні послуги» та «соціальні пільги». Визначено їх співвідношення як виду соціального захисту та як спеціального інструменту, який дозволяє реалізувати право на певне благо (зокрема на соціальні послуги) на рівні, достатньому для життя.*

**Ключові слова:** система соціального захисту, організаційно-правові форми та види соціального захисту, соціальні пільги, професійно-побутові пільги, соціальні послуги, спеціальний інструмент.

Діюча система соціального захисту України складається з великої кількості елементів, кожен з яких виконує свою функцію і має своє призначення. Одні з них є організаційно-правовими формами соціального захисту, інші — його видами, а деякі з них не належать ні до перших, ні до других. Організаційно-правовими формами соціального захисту є загальнообов'язкове соціальне страхування, державна соціальна допомога, недержавне соціальне забезпечення.

Видами соціального захисту є пенсії, допомоги та соціальні послуги, але, крім зазначених правових категорій, у системі соціального захисту вкорінилося таке правове явище, як соціальні пільги. Останні часто відносять до видів соціального захисту.

Метою цієї статті є визначення призначення соціальних пільг у системі соціального захисту та співвідношення їх із соціальними послугами.

Основною організаційно-правовою формою здійснення соціального захисту є загальнообов'язкове державне соціальне страхування [1]. Законодавством передбачено такі види соціального страхування: 1) загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття; 2) від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності; 3) у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовлени-

ми похованням; 4) пенсійне страхування; 5) медичне страхування, яке на сьогодні ще не запроваджене.

Другою організаційно-правовою формою у системі соціального захисту України є державна соціальна допомога, яка становить систему заходів щодо надання за рахунок державного та комунального (місцевого) бюджетів та інших програм матеріальної допомоги, здійснення соціального обслуговування та утримання, встановлення пільг [1].

Новою організаційно-правовою формою соціального захисту в Україні, яка починає впроваджуватися, є недержавне соціальне забезпечення через недержавні пенсійні фонди, банківські установи, недержавні соціальні заклади [2]. Через названі організаційно-правові форми і втілюються в життя всі види соціального захисту.

Зазначені раніше види соціального захисту (пенсії, допомоги, соціальні послуги), на нашу думку, впливають з аналізу ст. 46 Конституції України. Так, що стосується першого (пенсій) та другого (допомог) видів, то вони передбачені ч. 3 згаданої статті: «пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом» [3], третій вид соціального захисту (соціальні послуги) впливає із ч. 2: «створенням мережі державних, кому-

\* Рекомендовано до друку кафедрою трудового права та права соціального забезпечення Чернігівського державного технологічного університету.

нальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними» [4], що є ніщо інше, як надання соціальних послуг через здійснення соціального обслуговування.

Згідно із законодавством соціальні послуги — це комплекс заходів з надання допомоги особам, окремим соціальним групам, які перебувають у складних життєвих обставинах і не можуть самостійно їх подолати, з метою розв'язання їхніх життєвих проблем [5].

Погодитись із зазначеним визначенням соціальних послуг повною мірою важко. Воно не відповідає змісту і призначенню цього виду соціального захисту. Натомість хотілося б зазначити, що соціальні послуги проявляються в здійсненні певних дій щодо особи, яка перебуває у складних життєвих обставинах, і не належать до пенсій та допомог, а є окремим видом соціального захисту.

Пільги, як зазначалось раніше, часто називають видом соціального захисту [6]. Однак, на думку автора, пільги не є видом соціального захисту, хоча належать до його системи.

У науковій доктрині існують різні варіанти трактування цього поняття. Наведено деякі з них.

Пільги — це встановлені законодавством переваги, що надаються особі (чи групі осіб) порівняно з іншими особами. Можуть полягати у звільненні тих чи інших осіб від відповідних обов'язків або наділенні їх додатковими гарантіями [7].

Під пільгами у праві соціального забезпечення окремі науковці розуміють юридичний засіб створення сприятливого режиму для громадян, які знаходяться у складній життєвій ситуації, що виражається у повному чи додатковому звільненні від виконання певних обов'язків [8].

Вважається також, що пільги держава застосовує переважно для того, щоб підтримати соціально незахищені або мало захищені категорії громадян у сучасних складних соціально-економічних умовах, у яких перебуває наше суспільство [9].

Соціальними необхідно розуміти такі пільги, які пов'язані із життєзабезпеченням громадян та зумовлені зниженням рівня їхніх доходів нижче прожиткового мінімуму або втратою (зниженням) працездатності [10].

Соціальна пільга — це законодавче звільнення (повне чи часткове) особи від

виконання нею свого обов'язку або надання їй додаткових прав при настанні соціального ризику чи за наявності у такої особи значних заслуг перед державою, пов'язаних з певними публічними подіями [11].

Аналіз зазначених дефініцій дозволяє чітко констатувати, що соціальні пільги є певним інструментом забезпечення належного рівня реалізації особами своїх прав у момент нездатності держави гарантувати реалізацію цих прав у повному обсязі. Соціальні пільги не варто плутати із професійно-побутовими.

Професійно-побутові пільги — це такі пільги, які пов'язані з професійною діяльністю їх одержувачів і які надаються державою з метою матеріально-побутового забезпечення працівників окремих професій (наприклад, пільги військово-службовцям, суддям, службовим особам органів внутрішніх справ, медичним працівникам тощо) [12].

Пільги встановлювалися як винагорода за заслуги перед Батьківщиною, що забезпечує підвищений рівень соціальних гарантій ветеранам війни, особам, які мають особливі заслуги перед Батьківщиною або особливі трудові заслуги перед Батьківщиною, учасникам ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС, і як соціальна підтримка для забезпечення достатнього життєвого рівня, зокрема дітей війни, пенсіонерів за віком, інвалідів загального захворювання, потерпілих від Чорнобильської катастрофи.

Установлення пільг особам, які мають право на пільги за професійною (службовою) ознакою, зокрема тим, що вийшли на пенсію, зумовлене специфікою їх службової діяльності й є додатковою соціальною гарантією у зв'язку з особливими умовами праці та підвищеним ризиком (військовослужбовці, працівники міліції, пожежної охорони тощо), роботою у сільській місцевості (працівники сфери охорони здоров'я, культури, освіти), суспільною значущістю (народні депутати України, працівники судів та прокуратури), шкідливими умовами виробництва і загрозою професійного захворювання (зокрема гірники) [13].

На відміну від професійно-побутових пільг, які надаються у зв'язку з професійною діяльністю особи і покликані додатково забезпечити тими чи іншими благами в порівнянні з іншими особами,

соціальні пільги надаються тим фізичним особам, які в силу об'єктивних обставин (як правило, економічних, політичних тощо) є незахищеними або мало захищеними як у матеріальному, так і в іншому розумінні.

За змістом усі соціальні пільги можна поділити на:

1) житлово-комунальні (звільнення або зменшення плати за житло, комунальні послуги; першочергове або позачергове забезпечення житлом осіб, які потребують поліпшення житлових умов; безоплатна приватизація житла незалежно від розміру загальної площі тощо);

2) медико-реабілітаційні (безоплатне або пільгове придбання ліків; безоплатне або пільгове санаторно-курортне лікування та виплата компенсації за невикористане право на пільгове санаторно-курортне лікування);

3) транспортні (право безкоштовного проїзду всіма видами пасажирського міського (комунального) та приміського транспорту);

4) соціально-побутові (право на безоплатне або пільгове встановлення телефонів; безоплатне або пільгове користування телефоном);

5) пенсійні (наприклад зменшена вимога щодо необхідного трудового чи страхового стажу особи);

6) соціально-трудова (право на позаконкурсне зарахування до вищих навчальних закладів при одержанні позитивних оцінок; право позачергового працевлаштування за спеціальністю; переважне право на залишення на роботі під час скорочення штату та на працевлаштування у випадку ліквідації підприємства; підвищений розмір допомоги у разі тимчасової непрацездатності; використання щорічної відпустки у зручний для них час і т. п.) [14].

Наведена класифікація пільг за змістом підтверджує те, що пільги є універсальним інструментом, який використовується у системі не тільки соціального захисту, а й усієї соціальної політики держави. Із зазначеної класифікації зрозуміло також те, що пільги використовуються при реалізації як права на пенсії, допомоги, так і на соціальні послуги.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про соціальні послуги» від 19.06.2003 р. основними формами надання соціальних

послуг є матеріальна допомога та соціальне обслуговування.

Матеріальна допомога надається особам, що знаходяться у складній життєвій ситуації, у вигляді грошової або натуральної допомоги: продуктів харчування, засобів санітарії й особистої гігієни, засобів догляду за дітьми, одягу, взуття та інших предметів першої необхідності, палива, а також технічних і допоміжних засобів реабілітації.

Соціальне обслуговування здійснюється: за місцем проживання особи (вдома); у стаціонарних інтернатних установах та закладах; у реабілітаційних установах та закладах; в установах та закладах денного перебування; в установах та закладах тимчасового або постійного перебування; у територіальних центрах надання соціальних послуг; в інших закладах соціальної підтримки (догляду).

Саме через систему цих та інших закладів реалізується право осіб на соціальні послуги, передбачене ст. 6 зазначеного вище Закону.

Пільговий порядок надання соціальних послуг проявляється, наприклад, у першочерговому, позачерговому та переважному влаштуванні до тих закладів, які надають такі послуги незалежно від форми їх надання. Так, згідно із Законом України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» від 22.10.1993 р. ветерани війни мають право на позачергове влаштування до закладів соціального захисту населення, а також обслуговування службами соціального захисту населення вдома. У разі неможливості здійснення такого обслуговування закладами соціального захисту населення відшкодовуються витрати, пов'язані з доглядом за цим ветераном війни, в порядку і розмірах, встановлених чинним законодавством [15].

Таким чином, проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки:

1) соціальні пільги та соціальні послуги є елементами соціального захисту населення;

2) соціальні послуги, на відміну від соціальних пільг, є видом соціального захисту;

3) соціальні пільги використовуються державою як спеціальний інструмент для забезпечення реалізації прав осіб на достатньому життєвому рівні.

## ПРИМІТКИ

1. Болотіна Н. Б. Право соціального захисту України : навч. посіб. / Н. Б. Болотіна. — К. : Знання, 2005. — С. 62—69.
2. Там само.
3. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
4. Там само.
5. Про соціальні послуги : Закон України від 19.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 45. — Ст. 358.
6. Синчук С. Соціальні пільги як вид соціального забезпечення в Україні [Електронний ресурс] / Світлана Синчук. — Режим доступу : <http://www.lawyer.org.ua/?d=311&i=&w=r>.
7. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемчушенко (відп. ред.) [та ін.]. — К. : Укр. енцикл., 1998. — Т. 4: Н—П. — 2002. — 720 с.
8. Пашкова Г. Г. Льготы в праве социального обеспечения : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / Г. Г. Пашкова. — Томск, 2004. — С. 6.
9. Пільги. Регулювання та захист / упоряд. : В. С. Ковальський, Л. П. Ляшко. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — С. 3.
10. Ярцун І. М. Пільги в праві соціального забезпечення / І. М. Ярцун // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. — Вип. 46 / редкол. : С. В. Ківалов (гол. ред.) [та ін.]. — О. : Юрид. літ., 2009. — С. 183—189.
11. Право соціального забезпечення : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, С. М. Синчук [та ін.] ; за ред. П. Д. Пилипенка. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Ін Юре, 2008. — С. 438.
12. Пашкова Г. Г. Зазнач. праця.
13. Стратегія упорядкування системи надання пільг окремим категоріям громадян до 2012 року : схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 03.06.2009 р. № 594-р.
14. Синчук С. Зазнач. праця.
15. Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту : Закон України від 22.10.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 45. — Ст. 425.

**Литвиненко Валентина. Соотношение социальных услуг и льгот в системе социальной защиты населения.**

*В статье проанализированы понятия «социальные услуги» и «социальные льготы». Определено их соотношение как вида социальной защиты и как специального инструмента, который позволяет реализовать право на определенное благо (в частности на социальные услуги) на достаточном для жизни уровне.*

**Ключевые слова:** система социальной защиты, организационно-правовые формы и виды социальной защиты, социальные льготы, профессионально-бытовые льготы, социальные услуги, специальный инструмент.

**Litvinenko Valentina. Interrelation of social services and benefits in the system of social protection.**

*Social services and social benefits are analyzed in this article. Their interrelation as kind of social protection and special tool, which allows to realize the right to a certain wealth (especially for social services) at a level sufficient for life are defined in this article.*

**Key words:** system of social protection, organizational and legal forms and types of social protection, social benefits, professional and domestic benefits, social services, a special tool.

УДК 343.133(477)

**Василь Юрчишин,**

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри спеціально-правових дисциплін

Чернівецького факультету Національного університету

«Одеська юридична академія»

## СПІВВІДНОШЕННЯ ПРОКУРОРСЬКОГО НАГЛЯДУ І СУДОВОГО КОНТРОЛЮ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ\*

*Автор, розкриваючи зміст прокурорського нагляду і судового контролю за досудовим розслідуванням, доходить висновку, що наглядовими повноваженнями наділяється виключно прокурор, а слідчий суддя виконує лише контрольні повноваження у випадках, передбачених законом.*

**Ключові слова:** повноваження прокурора на досудовому розслідуванні, контрольні функції слідчого судді.

За КПК України 1960 р. суд не мав ніякого відношення до розслідування злочинів і лише в 1992 р. було запроваджено судовий контроль за розслідуванням кримінальних справ у формі оскарження до суду постанов органів досудового розслідування і прокурора про відмову в порушенні кримінальної справи (ст. 236<sup>1</sup>) та про закриття кримінальної справи (ст. 236<sup>5</sup>) [1]. Після прийняття Конституції України і проведення малої судової реформи судам загальної юрисдикції було надано право на розгляд будь-яких скарг на дії і рішення органів дізнання (ст. 110), досудового слідства (ст. 234) і прокурора (ст. 236), а також запроваджено судовий порядок взяття підозрюваного, обвинуваченого під варту та видачі рішень на право проведення деяких слідчих дій, пов'язаних з обмеженням конституційних прав громадян [2].

Ці законодавчі новели були продиктовані бажанням України виконати вимоги Конституції і поповнити сім'ю цивілізованих народів, які живуть в умовах демократичної правової держави, де суд є головним гарантом законності і правопорядку. Запровадження судового контро-

лю на досудовому розслідуванні було викликано й необхідністю надійно захистити права людини в найгострішій сфері соціальної практики, де постійно застосовуються примусові заходи процесуального характеру [3].

З прийняттям нового КПК України судовий контроль посів одне із провідних місць у досудовому розслідуванні [4]. Більше того, всі норми нового КПК України повністю узгоджуються з конституційними, запроваджена детальна правова регламентація процедури здійснення слідчим суддею судово-контрольної функції, чітко визначені об'єкт і межі судового контролю у досудовому розслідуванні. Необхідність судового контролю у кримінальному процесі обумовлена розподілом державної влади на законодавчу, виконавчу і судову (ст. 6 Конституції України) [5] та визнанням судових органів основними гарантами захисту прав людини і громадянина (ст. 124 Конституції України). Відповідно до цього будь-яке обмеження конституційних прав, свобод і законних інтересів особи, в тому числі і в стадії досудового розслідування, можливе тільки на основі судового рішення [6]. Крім основ-

\* Рекомендовано до друку кафедрою спеціально-правових дисциплін Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія».



ного призначення судового контролю — захист прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина, він також сприяє ефективному розслідуванню кримінальних правопорушень і забезпеченню оптимальних умов для відправлення правосуддя. Остання мета найбільшою мірою характеризує основне призначення і сутність судового контролю у досудовому розслідуванні. Вона вказує не тільки на контрольний характер судової діяльності у досудовому розслідуванні, а й на взаємозв'язок останньої з наступним судовим розглядом [7].

Запровадження судового контролю у досудовому розслідуванні викликало жваву дискусію серед вчених-правознавців і практиків про співвідношення судового контролю і прокурорського нагляду у кримінальному провадженні. Вказане питання не є новим для України, бо за Статутом кримінального судочинства Російської імперії 1864 р. для забезпечення законності при розслідуванні злочинів були запроваджені як прокурорський нагляд, так і судовий контроль. Прокурорський нагляд здійснювався у вигляді постійного спостереження за слідством на місці його провадження у формі надання слідчому пропозицій, обов'язкових для виконання. Судовий же контроль здійснювався у формі надання слідчому дозволу на проведення деяких слідчих дій, а також у формі розгляду скарг на його (слідчого) дії, а також розгляду заяв про відводи слідчих [8].

Правильність, своєчасність і ефективність запровадження судового контролю у досудове провадження підтверджується практикою. Такого висновку дійшли в результаті проведених глибоких монографічних досліджень О. Г. Шилю, О. Г. Яновська, І. Л. Петрухін та інші [9; 10; 11]. Їхні висновки підтверджуються і публікаціями інших авторів. Всі вони визначають судовий контроль як додаткову гарантію законності, але по-різному тлумачать співвідношення між цим контролем і прокурорським наглядом. Так, деякі автори, розглядаючи судовий контроль з позиції кримінально-процесуальних функцій, відмічають головну роль суду в кримінальному судочинстві, його незалежність, відокремленість і самостійність, неприпустимість

вторгнення в діяльність щодо відправлення правосуддя, обов'язковість його рішень для всіх учасників судочинства.

Глибокий аналіз наведених точок зору дозволяє дійти такого незаперечного висновку: найбільш переконливою є позиція авторів, які — за судовий контроль, інакше це повернення назад не відповідало б демократичному напрямку української судово-правової реформи і суперечило б Конституції України, яка ввела судовий контроль за додержанням прав людини. По-друге, такий контроль передбачений статтями 5, 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка стала складовою частиною українського права після її ратифікації Верховною Радою України. По-третє, запровадження судового контролю узгоджується з українською правовою традицією, бо відповідно до Статуту кримінального судочинства 1864 р. суди контролювали діяльність судових слідчих і поліції, розглядали скарги на їх дії аж до 1917 р. По-четверте, суд контролює лише слідчі (розшукові) дії, рішення та прийняття яких пов'язане з обмеженням конституційних прав громадян та розглядає скарги на суворо визначені ст. 303 КПК України незаконні рішення, дії чи бездіяльність органів дівання, досудового слідства чи прокурора під час досудового розслідування. По-п'яте, судовий контроль необхідний для посилення змагальних засад на досудовому провадженні, що робить цю стадію кримінального процесу більш ефективною.

Прийняття нового КПК України ознаменувалося подальшим розширенням судового контролю у досудовому провадженні. Відтепер прокурора звільнено від обов'язку санкціонувати найважливіші дії і рішення слідчих, які пов'язані з обмеженням основних конституційних прав учасників процесу. Разом із тим, йому надано право погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань дівача і слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених кримінально-процесуальним законом, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання (п. 10 ч. 2 ст. 36 КПК України). Інакше кажучи, за

новим КПК України слідчому дозволяється проведення найважливіших процесуальних дій виключно за судовим рішенням. При цьому слідчий зобов'язаний спочатку отримати згоду прокурора на проведення такої дії і на порушення відповідного клопотання перед слідчим суддею, тобто здійснення судового контролю проводиться як за законністю і обґрунтованістю клопотань слідчого, так і за законністю і обґрунтованістю згоди прокурора.

Щодо суду це — фундаментальна перевірка окремих питань досудового розслідування. У словнику В. І. Даля поняття «нагляд» і «контроль» тлумачаться в такому самому значенні [12]. Все це свідчить про неприпустимість змішування понять «прокурорський нагляд» і «судовий контроль» у досудовому розслідуванні. Перший вид кримінально-процесуальної діяльності необхідно визначити як прокурорський нагляд за додержанням законів у досудовому розслідуванні, а другий як судовий контроль за законністю і обґрунтованістю процесуальних рішень, дій чи бездіяльності органів досудового розслідування та прокурора при застосуванні заходів процесуального характеру, що обмежують конституційні права учасників досудового провадження.

Таке чітке визначення сутності прокурорського нагляду і судового контролю повністю узгоджуватиметься з основними функціями, що реалізуються цими державними органами у досудовому розслідуванні. Разом із тим, функцією нагляду наділяється виключно прокурор, оскільки його наглядова діяльність носить постійний, безперервний і всеохоплюючий характер, а у деяких випадках і оперативний, що свідчить про її незмінний, конституційний характер.

У той самий час суд чи суддя виконує у досудовому розслідуванні лише контрольні повноваження у випадках, прямо передбачених законом, шляхом періодичного провадження фундаментальних перевірок, пов'язаних із прийняттям органами досудового розслідування і прокурором процесуальних рішень, виконанням чи невиконанням процесуальних дій, пов'язаних із застосуванням заходів процесуального характеру, що обмежують кон-

ституційні права учасників досудового провадження. Контрольна діяльність суду носить епізодичний і обмежений за обсягом характер, що повністю відповідає визначеному Конституцією України характеру судочинства як здійснення правосуддя, тобто розгляду правових конфліктів у судових засіданнях (статті 124—131 Конституції України).

Невипадково В. Лебедев та інші автори стверджують, що судовий контроль здійснюється в рамках правосуддя, охоплюється цим поняттям і входить до його змісту [13]. Зазначених авторів підтримують і українські вчені-правознавці. Так, В. П. Півненко прямо зазначає, що прямий зв'язок контрольної діяльності судді на досудовому розслідуванні є «одним із засобів підготовки справи до розгляду по суті, а це — складова частина правосуддя і ніякої тут нової функції «судового контролю» немає і не може бути. Реалізація судової влади у кримінальному судочинстві здійснюється не лише засобами правосуддя у класичному його розумінні, а й засобами безпосередньої участі судді у провадженні досудового слідства з метою захисту основних конституційних прав людини при підготовці справи до судового розгляду» [14].

Всі контрольні повноваження, передбачені КПК України, а також всі рішення, що виносяться слідчим суддею у досудовому провадженні на їх основі, приймаються ним (суддею) виключно за одностороннім клопотанням дізнавача, слідчого, прокурора чи за скаргю іншого зацікавленого учасника досудового провадження. При цьому юридична сила згоди прокурора з клопотанням слідчого до судді має не менш важливе значення, ніж саме рішення судді про дозвіл на проведення слідчої (розшукової) дії чи застосування запобіжного заходу. Наприклад, прийняття рішення про застосування запобіжних заходів віднесено до виключної компетенції слідчого судді (ч. 4 ст. 176 КПК України). Однак обрання будь-якого запобіжного заходу унеможлиблюється, якщо прокурор не дав згоди на направлення органом досудового розслідування відповідного клопотання до суду (ст. 184 КПК України). Таким чином, дача чи відмова в дачі згоди — це не формально-механічний процес, а від-

повідальне юридичне рішення, що вимагає від прокурора ретельного дослідження всіх матеріалів досудового розслідування, що обґрунтовують нагальну необхідність проведення слідчої (розшукової) дії чи прийняття слідчого (розшукового) рішення. Тому вимоги, що висувалися тоді, коли остаточне рішення з цього питання прокурор приймав сам, є обов'язковим і сьогодні. При обґрунтуванні рішення про дачу дозволу на проведення слідчої (розшукової) дії чи обрання запобіжного заходу слідчий суддя не має права включати в свою ухвалу будь-які дані, не зазначені у клопотанні слідчого, адже в іншому випадку суддя виконуватиме не властиву йому функцію [15]. Більше того, скарга слідчого на рішення наглядаючого прокурора про відмову в дачі згоди на звернення з клопотанням до слідчого судді, розглядається лише вищестоящим прокурором, який приймає з цього питання остаточне рішення, що не підлягає оскарженню до суду (ч. 4 ст. 313 КПК України).

Сам слідчий суддя за власною ініціативою приймати подібні рішення не уповноважений. Хоч роль судового рішення тут є вирішальною і значно підвищує авторитет і доказове значення матеріалів досудового розслідування, але вона суттєво обмежена обов'язковим надходженням клопотання чи скарги. А це свідчить не на користь наявності у органів судової влади нової самостійної кримінально-процесуальної функції — судового контролю у досудовому розслідуванні. Скоріше за все, контрольні повноваження — це лише аспект єдиної, неподільної, конституційної функції правосуддя, пов'язаний з якісною підготовкою матеріалів розслідування до судового розгляду, що є однією із складових цієї функції.

Більше того, контрольні повноваження слідчого судді є обмеженими не тільки за своїм характером, а й за обсягом. Вони не можуть більше розширюватися. Обумовлено це тим, що кримінальне судочинство має свою особливу структуру і розвивається за своїми внутрішніми законами, які не під силу змінити чи скасувати ніякому законодавцю. Одним із таких законів і аксіомою кримінального судочинства є його стадійна (етапна) ар-

хітектоніка з обов'язковою, підсумковою, ревізійною перевіркою результатів дослідження проведеного на попередній стадії. Цей закон — основа життєдіяльності кримінального судочинства. До певних меж з нього допускаються окремі винятки. Вони стосуються безпосереднього прийняття суддею на досудовій стадії процесу лише рішень про застосування заходів процесуального характеру з метою захисту конституційних прав і свобод людини та розгляду скарг учасників процесу на рішення органів дізнання, досудового слідства та прокуратури, що перешкоджають руху справи до судового розгляду (правосуддя) і не більше.

Значне розширення контрольних повноважень суду, тобто заміна природних і надзвичайно ефективних для кримінального судочинства етапних (підсумкових, ревізійних) перевірок достроковими попередніми судово-контрольними перевіркою всеохоплюючого характеру обов'язково зруйнує кримінальне судочинство і призведе до загибелі кримінальної юстиції. Це добре усвідомлює законодавець, підкреслюючи в ч. 2 ст. 303 КПК України, що «скарги на інші рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора не розглядаються під час досудового розслідування і можуть бути предметом розгляду під час підготовчого провадження у суді згідно з правилами ст. 314—316 цього кодексу». Таке законодавче визначення свідчить про обмеженість контрольних повноважень суду та їх неоперативний характер. У той самий час питання про межі судово-контрольної діяльності у досудовому провадженні продовжує залишатися фактично не дослідженим, що негативно впливає на ступінь обґрунтованості судових рішень, що приймаються в порядку контролю за розслідуванням кримінальних правопорушень.

Як бачимо, судовий контроль у досудовому розслідуванні не підміняє прокурорський нагляд за додержанням законів. Прокурор і слідчий суддя виконують свої повноваження незалежно один від одного. Кожен з них діє своїми засобами і методами в межах, визначених Конституцією України, КПК України та спеціальними законами. Крім того, й саме законодавство України визначає кон-

трольні повноваження судді і наглядову діяльність прокурора по-різному. Ми вже зазначали вище, що прокурор, як державний наглядовий орган, діє постійно, безперервно протягом усього досудового розслідування, охоплюючи наглядовими засобами не тільки всю діяльність органів дізнання і досудового слідства при проведенні ними будь-яких слідчих (розшукових) дій та прийнятті слідчих (розшукових) рішень, а й діяльність інших учасників цього провадження. Судовий же контроль таких якостей не має, бо він не охоплює всієї діяльності органів і учасників досудового розслідування, а реалізується лише при розгляді клопотань слідчого і прокурора про застосування заходів процесуального характеру, коли відповідно до Конституції та КПК України вимагається судове рішення (взяття під варту, обшук тощо), або коли подана скарга про порушення прав, свобод і законних інтересів людини, громадянина органом досудового розслідування чи прокурором.

Таким чином, як за масштабами і цілями, так і за своєю спрямованістю та змістом судовий контроль у досудовому провадженні не тільки не тотожний прокурорському нагляду на цьому етапі кримінального судочинства, а й не дублює його. У зв'язку з цим, слід вважати безпідставним побоювання тих авторів, які вбачають можливість витіснення прокурорського нагляду судовим контролем.

Тим більше, що сам законодавець, керуючись Основним Законом України, зняв всі питання щодо «безпроблемності», тобто всеосяжності, судового контролю. При цьому він (законодавець) виходив із того, що орган дізнання, слідчий, прокурор — процесуально самостійні особи, представники інших гілок державної влади і надзвичайна зарегульованість їх діяльності судовим контролем не буде сприяти ефективному і оператив-

ному виконанню ними своїх прямих обов'язків.

Новий КПК України чітко визначив співвідношення між прокурорським наглядом і судовим контролем у досудовому провадженні. Забезпеченню законності у досудовому розслідуванні буде сприяти поєднання прокурорського нагляду і судового контролю, при якому прокурор буде продовжувати здійснювати систематичний і безперервний нагляд за додержанням законів усіма суб'єктами досудового розслідування, а судовий контроль здійснюватиметься за основними процесуальними діями дізнавача, слідчого і прокурора при дачі дозволу на їх проведення та шляхом розгляду скарг на рішення і дії чи бездіяльність органів досудового розслідування та прокурора. Таке співвідношення прокурорського нагляду і судового контролю у досудовому провадженні дозволяє як забезпечувати законне і обґрунтоване кримінальне переслідування осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, так і надійно захищати права, свободи і законні інтереси всіх учасників досудового розслідування.

*Таким чином, відмова від прокурорської моделі контролю і перехід до судової моделі контролю за обмеженням свободи і особистої недоторканності у досудовому розслідуванні не означає заміну прокурорського нагляду судовим контролем, а є розумним поєднанням цих двох форм у системі забезпечення законності і захисту прав і свобод людини і громадянина. Принцип «подвійного контролю» означає, що прокурор як гарант публічного інтересу у своїй діяльності захищає особисті права учасників процесу з позиції відносності їх закону і узгодженості з інтересами суспільства і держави. Суд же як гарант прав особистості у своїй діяльності захищає права людини з позиції недопущення їх порушень державними органами.*

#### ПРИМІТКИ

1. Кримінально-процесуальний кодекс України: чинне законодавство із змінами та допов. на 17.01.2012 р. (відповідає офіц. текстові) — К. : Алерта ; ЦУЛ, 2012. — С. 113—114.

2. Дуванський О. Судовий контроль за порушенням кримінальної справи щодо особи / О. Дуванський // Право України. — 2008. — № 3. — С. 71—75.

3. Петрухин И. Л. Судебная власть: Контроль за расследованием преступлений / И. Л. Петрухин. — М. : ТК Велби; Проспект, 2008. — С. 22.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України // Голос України. — 2012. — № 90—91. — 19 травня.
5. Конституція України : офіц. видання. — К. : Центр учбової літератури, 2010. — 80 с.
6. Лопаткина Н. Судебный контроль в ходе досудебного производства по уголовному делу / Н. Лопаткина // Законность. — 2002. — № 8. — С. 32—33.
7. Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность и перспективы / Н. А. Колоколов // Гос-во и право, 1998. — № 11. — С. 31—39.
8. Соловьев А. Б. Прокурорский надзор в досудебных стадиях уголовного процесса России / А. Б. Соловьев, М. Е. Токарева, Н. В. Буланова. — М. : Юрлитинформ, 2006. — С. 42.
9. Шило О. Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України : монографія / О. Г. Шило. — Х. : Право, 2011. — С. 154.
10. Яновська О. Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства : монографія / О. Г. Яновська. — К. : Прецедент, 2011. — С. 235.
11. Петрухин И. Л. Судебная власть: Контроль за расследованием преступлений / И. Л. Петрухин. — М. : ТК Велби; Проспект, 2008. — С. 67—104.
12. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка / В. И. Даль. — М. : Тера, 1994. — Т. 2. — С. 153, 401.
13. Лебедев В. От идеи судебного нормоконтроля к административному судопроизводству / В. Лебедев // Российская юстиция. — 2000. — № 9. — С. 3—7.
14. Півненко В. П. Судовий контроль. Чи може він бути самостійною функцією органів судової влади у кримінальному судочинстві / В. П. Півненко // Прокуратура. Людина. Держава. — 2004. — № 3. — С. 104—108.
15. Курильчук І. Взяття під варту: співвідношення прокурорського нагляду та судового контролю / І. Курильчук // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 5. — С. 159—162.

**Юрчишин Василь. Соотношение прокурорского надзора и судебного контроля в досудебном расследовании по новому УПК Украины.**

*Автор раскрывает содержание прокурорского надзора и судебного контроля за досудебным расследованием, приходит к заключению о том, что надзорные полномочия предоставляются исключительно прокурору, а следственный судья выполняет только контрольные полномочия в случаях, предусмотренных законом.*

**Ключевые слова:** полномочия прокурора на досудебном расследовании, контрольные функции следственного судьи.

**Yurchishin Vasily. Correlation of directorate of public prosecutions and judicial control in pre-trial investigation after new CPC of Ukraine.**

*An author exposes maintenance of directorate of public prosecutions and judicial control after pre-trial investigation, comes to the conclusion that supervisory plenary powers are given exceptionally to the public prosecutor, and an investigation judge executes only control plenary powers in cases, statutory.*

**Key words:** plenary powers of public prosecutor on pre-trial investigation, control functions of investigation judge.

## Видавництво «Юрінком Інтер» п р о п о н у є :



**Відшкодування моральної та матеріальної шкоди** : навч. посіб. / М. К. Галянтич, А. Б. Гриняк, А. І. Дрішлюк, Т. С. Ківалова [та ін.] ; за ред. М. К. Галянтича. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 624 с. — Бібліогр. в кінці тем.

ISBN 978-966-667-487-9.

У навчальному посібнику досліджується інститут відшкодування шкоди в законодавчому, науковому, практичному аспектах. Включено окрему оглядову теоретичну частину з найважливіших питань відшкодування шкоди. Посібник містить методичні вказівки, теоретичні положення до кожної теми, підбірку судової практики, перелік літератури. Здійснюється порівняльний аналіз чинних правових норм, роз'яснюється їх сутність і можливості практичного застосування. Узагальнено значний обсяг нормативно-правових актів, практика їх застосування судами усіх рівнів, у т. ч. і практика Європейського суду з прав людини з питань відшкодування матеріальної та моральної шкоди.

Розрахований на студентів, аспірантів, викладачів юридичних вищих навчальних закладів, а також юристів і всіх, хто цікавиться питаннями відшкодування моральної та матеріальної шкоди.



**Науково-практичний коментар Господарського кодексу України** / О. А. Беяневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина [та ін.] ; за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. — 3-тє вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 776 с.

ISBN 978-966-667-507-4.

У третьому виданні науково-практичного коментаря, авторами якого є провідні вчені-юристи, враховано не лише новели Господарського кодексу України, а й нові нормативно-правові акти та численні зміни в поточному законодавстві, спрямовані на вдосконалення правового регулювання суспільних відносин у сфері господарювання.

Для працівників народного господарства, юрисконсультів, суддів, прокурорів, адвокатів, дослідників та викладачів права, студентів вищих юридичних навчальних закладів.

**З питань придбання звертайтеся:** 04209, м. Київ-209, вул. Героїв Дніпра, 31-б  
Тел./факс (44) 413-81-44, 411-69-08, 411-64-03, 412-36-18  
E-mail: sales@yuricom.kiev.ua <http://www.yuricom.com>

**ДО УВАГИ АВТОРІВ!**

До друку в журналі приймаються наукові статті, які раніше не були опубліковані в інших виданнях. При їх підготовці просимо дотримуватися вимог Постанови ВАК України «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України» від 15.01.2003 р. № 7-05/1 щодо змісту наукових статей.

Разом зі статтею слід надавати рекомендацію кафедри (відділу) вищого навчального або наукового закладу та рецензію кандидата чи доктора наук із відповідної спеціальності.

Рукопис має бути виготовлено українською мовою та віддруковано шрифтом № 14 на принтері, з розміщенням рядків тексту через півтора інтервали, поля — 3 см. Перелік використаних літературних джерел слід наводити в кінці статті в порядку появи відповідних посилань. При оформленні статей слід дотримуватися ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 «Система стандартів з інформації, бібліотечної та видавничої справи. Бібліографічний запис. Бібліографічний опис. Загальні вимоги та правила складання».

На початку рукопису авторам необхідно зазначити індекс УДК (Універсальної десятикової класифікації), а після даних про автора та назви статті наводити анотації на неї українською, російською та англійською мовами. Орієнтовний обсяг кожної анотації — 500 друкованих знаків. Анотації мають супроводжуватися перекладом прізвища, імені автора та назви статті на відповідну мову (у журналі анотації і ключові слова російською та англійською мовами друкуються в кінці опублікованого матеріалу, анотація і ключові слова українською — на початку статті). До кожної анотації слід додавати перелік ключових слів (до десяти окремих слів або словосполучень) відповідною мовою.

Автор несе персональну відповідальність за додержання ним при підготовці статті норм чинного законодавства (зокрема щодо захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності), достовірність викладених відомостей (у тому числі імен і найменувань згаданих у статті фізичних та юридичних осіб), цитат і посилань на літературні джерела та норми актів законодавства, правильність визначення індексу УДК і перекладів анотацій на статтю.

У тексті статті посилання на використані літературні джерела слід зазначити порядковим номером, виділеним двома квадратними дужками, згідно з переліком джерел. Авторські пояснення і приклади слід наводити в дужках безпосередньо в тексті статті. Всі матеріали подаються у трьох примірниках, один з яких має бути підписаний автором.

Загальний обсяг статті не повинен перевищувати 24 тисяч друкованих знаків (разом із пробілами), тобто 12 сторінок тексту. До рукопису необхідно додавати його електронну копію, записану у вигляді окремого електронного документа на стандартній дискеті.

Редакція залишає за собою право редагувати рукопис, скорочувати його, змінювати назву статті та вводити (змінювати) рубрикацію внутрішніх частин текстового матеріалу. Подані матеріали (рукописи), включно з тими, які визнано неприйнятними, редакція не повертає.

Автор, який подав матеріали для друку, вважається таким, що погоджується на подальше безоплатне їх розміщення на сайтах видавництва правової літератури «Юрінком Інтер» і Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського.

До поданих матеріалів слід додавати довідку про автора із зазначенням прізвища, імені, по батькові, наукового ступеня та вченого звання (за наявності), місця основної роботи, посади, домашньої адреси, номерів контактних телефонів.

Гонорари за опубліковані в журналі статті не сплачуються.

**ЮРИДИЧНА УКРАЇНА № 11 (119) 2012**

**Співзасновники:**

Київський регіональний центр  
Національної академії правових наук України,

Науково-дослідний інститут  
приватного права і підприємництва  
Національної академії правових наук України,

ТОВ «Юрінком Інтер»

**Видавець:** ТОВ «Юрінком Інтер»

**Головний редактор — В. Д. Примак, кандидат юридичних наук**

**Над випуском працювали:**

*Володимир Примак, Олена Смірнова, Майя Ромась,  
Святослав Каравасев, Михайло Черненко, Лариса Сисоєва*

Оригінал-макет виготовлено комп'ютерним центром  
ТОВ «Юрінком Інтер»  
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців,  
виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції  
серія ДК № 3954 від 13.01.2011 р.

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації  
серія КВ № 15736-4208ПР від 26.10.2009 р.  
Підписано до друку 02.11.2012. Формат 70×100/16.  
Папір офсетний № 1. Друк офсетний. Обл.-вид. арк. 13,0. Умовн. друк. арк. 11,05.  
Тираж 710 прим. Зам. № .

**Адреса редакції та видавця:** 04209, м. Київ, вул. Героїв Дніпра, 31-б.  
Тел. 411-69-08, 412-04-75. Факс 413-81-44.  
<http://www.yurincom.com.ua>. E-mail: [jukr@yurincom.kiev.ua](mailto:jukr@yurincom.kiev.ua).  
Видавництво правової літератури «Юрінком Інтер».  
Редакція журналу «Юридична Україна».

Віддруковано у ПАТ «Віпол». Адреса: 03151, Київ-151, вул. Волинська, 60.  
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 4404 від 31.08.2012 р.

Редакція не завжди поділяє позицію авторів публікацій.  
За достовірність викладених фактів відповідає автор.  
Передплатний індекс журналу «Юридична Україна» — 01757.

Передплатний індекс комплекту:  
газета «Юридичний вісник України» і журнали «Юридична Україна»  
та «Бюлетень законодавства і юридичної практики України» — 08440.

**З приводу придбання журналів минулих випусків звертайтеся за тел. 411-69-08, 411-64-03.**